فكرة النظام العام الدستورى

وأثرها فى تحديد نطاق الدعوى الدستورية

﴿دراسة مقارنة﴾

دكتور
عيد أ حمد الغفلول
مدرس القانون العــام
كلية حقوق بنـها - جامعة الزقازيق

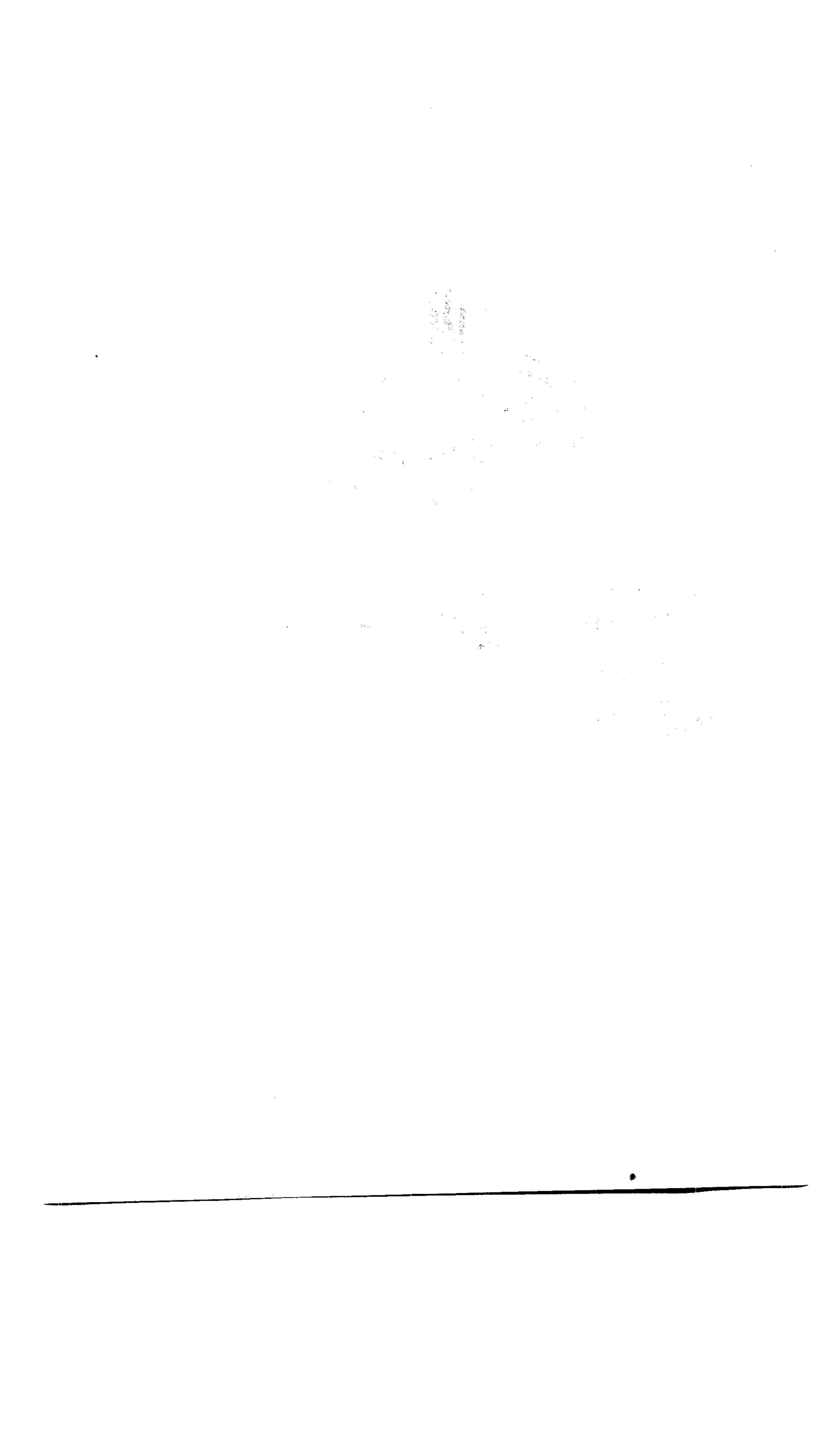
الناشر
دار النهضة العربية



...وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل

صدق الله العظيم

(سورة النساء آية ٥٨)



قائمة برموز ومختصرات المجلات العلمية المستخدمة فى البحث:

A.I.J.C	:	Annuaire International de Justice constitutionnelle.
D	:	Recueil Dalloz
R.	:	Recueil des décisions du conseil d'Etat et des tribunaux administratifs.
R	:	Recueil des décisions du conseil constitutionnel.
R.A	:	Revue administrative.
R.D.P	:	Revue du droit public et de la science politique en france et à l'étranger.
R.F.D.A	:	Revue française du droit administratif.

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة عامة

تبدو التفرقة بين الدعاوَى العينية والدعاوَى الشخصية من الأمور المستقرة الآن في الفقه القانوني.

والدعوى الشخصية هي تلك التي تتعلق بحق شخصي يهدف رافعها الدفاع عنه، فهي دعوى تتميز بأن الهدف الأساسي منها هو حماية المراكز القانونية الشخصية أو الفردية. وعلى ذلك فالنزاع فيها يكون بين طرفين يدعي أحدهما بأن الآخر قد تعدى على حق له ناتج عن مركز قانوني شخصي، بينما يجتهد الآخر في دفع هذا الادعاء. ويتمثل دور القاضي في فحص ادعاءات طرفي الخصومة، وإعمال حكم القانون فيها.

أما الدعوى العينية فهي تلك التي يكون الهدف الأساسي من وراء رفعها هو تحقيق مصلحة عامة، والمساهمة في حماية النظام القانوني في مجمله إعمالاً لمبدأ الشرعية، عن طريق التوصل إلى إلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة في إطار دعوى إلغاء القرارات الإدارية وكشف عدم دستورية تشريع مُعين في إطار الدعوى الدستورية.

ومع ذلك فالتفرقة بين الدعاوَى العينية والدعاوَى الشخصية ليست مطلقة؛ فقد لوحظ اتجاه الدعاوَى العينية إلى اكتساب بعض خصائص الدعاوَى الشخصية: فدعوى إلغاء القرارات الإدارية على سبيل المثال، والتي هي دعوى عينية، تهدف فيما تهدف إليه إلى توفير الحماية القانونية للمركز القانوني الشخصي لرافعها صاحب المصلحة في إلغاء القرار المطعون فيه. وفي بعض النظم الدستورية، غلَّب المشرعون الدستوريون الجانب الشخصي على الجانب العيني في الدعوى الدستورية عندما أتاحوا للأفراد –كما سوف نرى خلال هذا البحث– إمكانية التوجه إلى القاضي الدستوري

مباشرة للمطعن بعدم دستورية القوانين والقرارات الإدارية والأحكام القضائية النهائية إذا كان من شأنها المساس بحقوقهم وحرياتهم الأساسية. وذلك من خلال "دعوى ضمانه الحقوق" التي توجد إلى جانب الدعوى الدستورية العادية.

وعلى أية حال فإن التفرقة بين الدعوى العينية والدعوى الشخصية قائمة وتنتج آثارها على أكثر من صعيد؛ فشروط قبول الدعوى العينية تتسم في الغالب باليسر من حيث الاكتفاء بتوافر شرط المصلحة دون تطلب وجود حق معتدى عليه كما هو الحال في الدعاوى الشخصية. كما أن اختلاف هدف الدعوى العينية عن هدف الدعوى الشخصية يترتب عليه اختلاف في حجية الأحكام الصادرة في الدعويين؛ فالأحكام الصادرة في الدعوى العينية تتمتع من حيث المبدأ بالحجية المطلقة للشيء المقضي به، بخلاف الأحكام الصادرة في الدعاوى الشخصية التي ليس لها، من حيث المبدأ، إلا حجية نسبية تدور مع موضوع الدعوى وسببها وأطراف الخصومة فيها.

والدعوى الدستورية تنتمي بلا شك إلى طائفة الدعاوى العينية؛ فالقاضي الدستوري لا يفصل في حقوق فردية متعارضة، ولكن في مدى اتفاق التشريع الخاضع لرقابته مع الأحكام الموضوعية أو الإجرائية للدستور. كما أن الدعوى الدستورية تهدف أساساً إلى حماية المصلحة العامة التي تعبر عنها القواعد الدستورية. علاوة على ذلك، فالقاضي الدستوري - على خلاف القاضي المدني والقاضي الإداري- لا ينشغل بالعناصر المادية للنزاع، فهو من حيث المبدأ قاضي قانون، وليس قاضياً للوقائع. هذا بالإضافة إلى الحجية المطلقة التي تتمتع بها أحكام القضاء الدستوري.

وفي هذا الخصوص تقول المحكمة الدستورية العليا في مصر بأن: "الخصومة الدستورية عينية بطبيعتها، ذلك أن قوامها مقابلة النصوص

القانونية المدعى مخالفتها للدستور بالقواعد التى فرضها على السلطتين التشريعية والتنفيذية لإلزامها بالتقيد بها فى ممارستها لاختصاصاتها الدستورية. ومن ثم تكون هذه النصوص ذاتها هى موضوع الخصومة الدستورية. أو هى بالأحرى محلها. وهى لا تبلغ غاياتها إلا بإهدار تلك النصوص بقدر تعارضها مع الدستور، وقضاء المحكمة الدستورية العليا فى شأنها يحوز تلك الحجية التى تطلق آثارها فى مواجهة الدولة على امتداد تنظيماتها وتعدد مناحى نشاطها، وكذلك بالنسبة إلى الأغيار جميعها. ومن ثم لا تنحصر آثار أحكامها فيمن يكون طرفاً فى الخصومة الدستورية، سواء باعتباره خصماً أصيلاً أو منضماً، بل يكون سريانها على من عداهم التزاماً مترتباً فى حقهم بحكم الدستور(١).

وهكذا فإن الصفة العينية تعتبر من أخص خصائص الدعوى الدستورية بصرف النظر عن الأسلوب المتبع فى الرقابة على دستورية القوانين، وسواء مورست بصورة سابقة أو بصورة لاحقة على دخول التشريع فى التطبيق أو اتخذت صوراً أخرى. وعلى حد قول أحد كبار فقهاء القانون العام الفرنسى فإن: "الرقابة على دستورية القوانين، أياً كانت صورتها وإجراءاتها، ليس الهدف المباشر منها تلبية مطالب الأفراد لأن المبرر الشرعى لوجود هذه الرقابة يتمثل أساساً فى ضمان تحسين أداء المؤسسات فى الدولة الحديثة. وإعلاء شأن الحقوق والحريات الأساسية وحمايتها"(٢).

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر فى ٨ إبريل ١٩٩٥ فى الدعوى رقم١٩ لسنة١٥ قضائية دستورية. مجموعة أحكام المحكمة، الجزء السادس ص ٦٠٩.

(٢) **« ce contrôle, quelques soient finalement la forme ou la procédure utilisée, est peu fait pour donner satisfaction directement aux individus. Sa justification, et donc sa légitimité, consiste surtout, à remplir un certain nombre de fonctions à caractère général absolument indispensable, pour le fonctionnement des institutions dans un Etat moderne et aussi pour la promotion et la protection des droits fondamentaux"**
Louis FAVOREU, les cours constitutionnelles, collection que-sais- je, paris P.U.F. 1992, P.27.

ومن أهم نتائج الصفة العينية للدعوى الدستورية، زيادة دور القاضى الدستورى فى تحديد نطاق هذه الدعوى، وفى تحديد مدى ما يصدر عنه من أحكام بعدم الدستورية، علاوة على إمكانية تصدى القاضى الدستورى من تلقاء نفسه لبحث ما قد يواجهه من أوجه تعارض التشريع الخاضع لرقابته مع القواعد الدستورية، ومن شأن ذلك أن يرتب بعض الآثار على الدعوى الدستورية ذاتها، وذلك من عدة جوانب:

- فمن ناحية أولى، وعلى عكس أطراف الدعوى المدنية، يتميز أطراف الدعوى الدستورية بشيء من الخصوصية؛ ففكرة المدعى **demandeur** غير موجودة فى القضاء الدستورى بنفس مفهومها فى القضاء العادى نظراً لاختلاف مفهوم المصلحة فى الدعوى الدستورية العينية من حيث المبدأ عن مفهومها فى الدعاوى الشخصية[1]، مما يجعل القاضى الدستورى ذاته، بوصفه حامياً للدستور، صاحب مصلحة فى التصدى للنصوص غير الدستورية والحكم بعدم دستوريتها. علاوة على أن دور المدعى فى الدعوى الدستورية يقتصر فى الغالب على إثارة مسألة عدم دستورية التشريع تاركاً الجانب الأعظم من إقامة الدليل على القاضى الدستورى ذاته، ويصدق هذا على وجه الخصوص فى الدول التى لا تعرف سوى نظام الرقابة الوقائية على دستورية القوانين كما هو الحال فى فرنسا[2].

- ومن ناحية أخرى، تنتج الصفة العينية للدعوى الدستورية آثارها على موضوع الدعوى الدستورية ذاته؛ فموضوع هذه الدعوى يتم تحديده بواسطة المدعى، ويتمثل فى التشكيك فى دستورية تشريع معين أو فى دستورية حكم أو أكثر من أحكامه. لكن على خلاف القاضى المدنى أو حتى

---

(١) راجع فى ذلك، دكتور ابرهيم محمد على، شرط المصلحة فى الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، ١٩٩٦.

(٢) راجع فى ذلك:

- لوى فافورو، المحاكم الدستورية، المرجع السابق، ص٢٥-٢٧.
- Thierry Di MANO, le conseil constitutionnel et les moyens et conclusions soulevés d'office, Economica, P.U.A.M, 1994, P. 49-50.

القاضى الإدارى الذى لا يستطيع من حيث المبدأ تعديل موضوع الدعوى المرفوعة أمامه، نجد أن الأمر ليس كذلك بالنسبة للقاضى الدستورى الذى يستطيع دائماً -بشروط معينة- توسيع موضوع الدعوى بالتشكيك فى دستورية تشريع آخر أو حكم من أحكام تشريع لم يثره المدعى أصلاً فى موضوع الدعوى المعروضة عليه[1].

-وعلاوة على ذلك تتجلى آثار الصفة العينية للدعوى الدستورية. فى إمكانية قيام القاضى الدستوري بتعديل سبب الدعوى المعروضة عليه. وسبب الدعوى بصورة عامة هو الأساس الذى يستند إليه المدعى فى طلبه أو طلباته[2]. ويتمثل سبب الدعوى الدستورية فى انتهاك أحكام الدستور بواسطة التشريع أو الجزء من التشريع الخاضع لرقابة القاضى الدستورى. ويحدد المدعى وجوه انتهاك أحكام الدستور فى صورة دفوع يثبتها فى عريضة دعواه. غير أن القاضى الدستورى قد لا يكتفى بما أبداه المدعى من أسباب، وذلك عن طريق إثارة وجوه أخرى إضافية لمخالفة التشريع الخاضع لرقابته للدستور. ولا شك أن من شأن ذلك أن يؤثر فى مصير الدعوى؛ فقد لا تكفى الأسباب التى استند إليها المدعى فى الوصول إلى الحكم بعدم دستورية التشريع المطعون فيه، فى حين يكون الدور الحاسم فى ذلك راجعاً إلى ما أثاره القاضى الدستورى وتصدى لبحثه من دفوع. وهو المتخصص فى مجال الرقابة على دستورية القوانين.

وفضلا عن ذلك، فإن من مظاهر الصفة العينية للدعوى الدستورية. إمكانية قيام القاضى الدستورى من تلقاء نفسه، بمد أثر الأحكام الصادرة

---

(١) تيرى دى مانو، المجلس الدستورى..... المرجع السابق، ص٤٩-٥٠.

(٢) المستشار محمد نصر الدين كامل: الدعوى وإجراءاتها فى القضاء العادى والإدارى، عالم الكتب، ١٩٨٩، ص١٠٥، وراجع كذلك الدكتور أحمد هندى: أصول قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعات الحديثة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٢، ص٢٨٧-٢٨٨.

عنه بعدم الدستورية لتشمل نصوصاً أخرى لم يشملها الطعن المقدم إليه، ولم يدعى أحد بعدم دستوريتها.

وهكذا، فى الفروض السابقة نجد أنفسنا فى مواجهة تطبيقات لفكرة "الدفوع المتعلقة بالنظام العام" بواسطة القاضى الدستورى والأمثلة للتعاون بين القاضى الدستورى والمتقاضين فى محاصرة حالات عدم الدستورية[١].

وسوف نرى أن المسلك السابق من جانب القاضى الدستورى والمتمثل فى إعمال فكرة الدفوع المتعلقة بالنظام العام يتمتع بقبول جانب كبير من الفقه، رغم أن لجوء القاضى الإدارى لهذه الفكرة كان محل انتقاد من جانب فقه القانون الإدارى استناداً إلى مبدأ حرية الأطراف فى تحديد أسباب إلغاء القرارات الإدارية، علماً بأن فكرة الدفوع المتعلقة بالنظام هى من إبداعات القاضى الإدارى ذاته وذلك إمعاناً منه فى محاصرة النشاط القانونى غير المشروع لجهة الإدارة[٢].

والواقع أن المسلك السابق من قبل القاضى الدستورى لم يكن سوى تتبع لخطى القاضى الإدارى الذى درج على تعديل سبب الدعوى الإدارية من خلال إثارته للدفوع المتعلقة بالنظام.

---

(١) راجع فى ذلك

- تيرى دى مانو، المجلس الدستورى..... المرجع السابق، ص٥١-٥٢.
- Guillaume DRAGO, l'exécution des décisions du conseil constitutionnel: l'effectivité du contrôle de constitutionnalité des lois, Economica - P.U.A.M, 1991, P.191.

(٢) Christian DEBQUY, les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuses, paris, p. 4. F, 1980

ومع ذلك، فإذا كان لجوء القاضى الإدارى لفكرة الدفوع المتعلقة بالنظام العام قد وجد جانباً كبيراً من مبرراته فى كون هذا القاضى يُعمل وجهة نظر القانون فى مواجهة الإدارة التى يراقب أعمالها فى إطار القانون العادى الذى تنقسم قواعده إلى قواعد آمرة وأخرى مكملة، فإن لجوء القاضى الدستورى إلى فكرة النظام العام لتبرير تصديه لإثارة بعض الدفوع قد لا يقوم إلا على حساب مبدأ "وحدة القواعد الدستورية"، لأن مسلك القاضى الدستورى قد يُفسر على أنه تقسيم للقواعد الدستورية إلى قواعد آمرة (تتعلق بالنظام العام) وأخرى مكملة.

فهل هناك محل لهذا التخوف؟. بمعنى آخر، هل هناك اختلاف بين فكرة النظام العام فى ميدان الإجراءات أمام القضاء بوجه عام عنها فى ميدان القضاء الدستورى؟. وهل يمكن القول بأن لجوء القاضى الدستورى إلى التصدى لبحث مدى دستورية تشريع لم يطلب منه المدعى فى الدعوى الدستورية إجراءه إنما يعبر عن وجود بعض القواعد الدستورية التى تتصل أكثر من غيرها بالنظام العام الدستورى **Ordre public constitutionnel** كفكرة مستقلة فى مجال القضاء الدستورى، علماً بأن كل قواعد القانون الدستورى تتصل جميعها بالنظام العام كما هو معروف[1].

الواقع أن فكرة النظام العام لا يمكن أن تكتسب فى ميدان القضاء الدستورى مفهوماً مختلفاً عن مفهومها فى القضاء العادى أو الإدارى. هذا إذا كان من الممكن إعطاءها مفهوماً محدداً، حيث أنها فكرة مطاطه تختلف من بلد الى آخر، وفى البلد الواحد من زمن الى آخر، وبالتالى فهى تستعصى

---

(١) سوف نرى عند دراستنا لتجليات فكرة النظام العام الدستورى على مستوى نصوص الدساتير الحديثة، أن الدساتير عادة ما تذهب إلى إعلاء بعض النصوص الدستورية على غيرها، وذلك عن طريق إعفائها من إمكانية التعديل، نظرا لأهمية وخطورة الموضوعات التى تعالجها. وهنا لاشك فى وجود فكرة النظام العام الدستورى التى يأخذها القاضى الدستورى حتما فى الاعتبار عند تناوله للدعوى الدستورية.

على التحديد كما سوف نرى. وكل ما يميز هذه الفكرة -بصرف النظر عن نوع القاضى الذى يطبقها- هو كونها أداة يستخدمها المشرع أو القاضى، سواء فى مجال القانون العام أو فى مجال القانون الخاص، إما لتبرير بعض تطبيقات المشروعية الاستثنائية، وإما لضمان الحماية اللائقة للقواعد والمبادئ القانونية الأكثر تعبيراً عن المصالح الأساسية التى يقوم عليها المجتمع من النواحى السياسية والاقتصادية والاجتماعية[1].

وعلى أية حال فإن فكرة النظام العام تعنى التمييز فى داخل النظام التشريعى للدولة بين القواعد الآمرة **Règles impératives** التى تتصل بمصالح المجتمع الأساسية، وينبغى على المشرع والقاضى التنبه الى ضرورة إبراز أهميتها وحمايتها لأن فى ذلك حماية للنظام العام ذاته، والقواعد المكملة **Règles complémentaires** التى ليست على هذا القدر من الأهمية بحيث إذا تم تجاوزها من قبل الأفراد لم تتضرر المصالح الأساسية للمجتمع، ولذلك فإن حمايتها لا تستحق اهتماماً خاصاً من جانب المشرع أو من جانب القاضى.

وإذا كان من الممكن قبول التقسيم السابق بالنسبة للقواعد التشريعية العادية، فهل يمكن قبوله كذلك بالنسبة للقواعد الدستورية؟. بمعنى آخر. هل يمكن التمييز فى داخل القواعد الدستورية بين "قواعد آمرة" تعبر عن المصالح العليا للمجتمع والدولة وتجسد ما يمكن ان نطلق عليه النظام العام الدستورى، وأخرى مكملة ليست على هذا القدر من الأهمية بحيث يمكن للسلطات العامة فى الدولة تجاوزها دون أن يهتز لذلك ضمير المشرع والقاضى الدستوريين؟.

(١) راجع فى ذلك: دكتور محمد محمد بدران، مضمون فكرة النظام العام ودورها فى مجال الضبط الإدارى (دراسة مقارنة فى القانون المصرى والفرنسى)، دار النهضة العربية، ١٩٩٢.

الواقع أن هذا المنطق لا يمكن قبوله على إطلاقه بالنسبة للقواعد الدستورية: فسوف نرى من خلال دراستنا لفكرة "النظام العام الدستوري" أن من قواعد الدستور ما تفرض لها السلطة التأسيسية الأصلية حماية خاصة، عن طرق استثنائها من مبدأ التعديل مثلاً. إلا إذا كان المقصود من التعديل هو زيادة فعاليتها، بحيث يمكن القول بأن هذه القواعد تجسد ما يمكن أن نسميه -بكل ثقة- "النظام العام الدستوري".

لكن هذا لا يعني أن بقية قواعد الدستور هي "قواعد مكملة" لا تتعلق بالنظام العام. حيث يقف "مبدأ وحدة الدستور" حائلاً دون ذلك؛ فالمعروف أن كل قواعد الدستور تمثل وحده واحدة وكلاً لا يتجزأ. وهي أعلى القواعد القانونية على الإطلاق في كل النظم القانونية، ونظراً لأهمية وخطورة المسائل التي تعالجها فهي تتعلق جميعها بالنظام العام. ولا يمكن بالتالي القبول بشأنها بالتقسيم المعروف في مجال القوانين العادية بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة.

ويعني ذلك، في نهاية المطاف، أن للنظام العام الدستوري معنيين:

-الأول خاص، ويندرج تحته مجموعة القواعد الدستورية التي أحاطتها السلطة التأسيسية الأصلية (سلطة وضع الدستور) بحماية خاصة سواء عن طريق استثنائها من مبدأ التعديل، أو عن طريق احاطتها بحماية قضائية خاصة، ويعمل القاضي الدستوري جاهداً على حمايتها في إطار ما يمارسه من مهام. حتى لو أدى ذلك الى خروجه تماماً من إطار النزاع المعروض عليه ويبدا وكأنه يتحرك من تلقاء نفسه لمراقبة دستورية التشريعات. أو وسع من نطاق رقابته لتشمل قوانين تعديل الدستور وكذا القوانين الدستورية التي تضيفها السلطة التأسيسية المشتقة إليه.

-أما الثاني ، فعام ويغطي كل قواعد الدستور ومبادئه التي وإن حرمت من حماية المشرع الدستوري الأصلي الخاصة، فإنها تتمتع بالحماية الواجبة للقواعد الدستورية. إعمالا لمبدأ تدرج القواعد القانونية الذي يهيمن على النظم القانونية الحديثة. هذه القواعد تحظى هي الأخرى بحماية القاضي الدستوري ولكن من خلال آلياته العادية في الرقابة على دستورية القوانين، وليس من خلال الآليات الاستثنائية التي تستفيد منها القواعد الدستورية الداخلة في نطاق النظام العام الدستوري بمعناه الخاص.

ولتفصيل ما سبق يمكننا أن نعرض في المقام الأول لفكرة النظام العام الدستوري، ثم نعقب ذلك بالحديث عن أثر النظام العام الدستوري على تناول القاضي الدستوري للدعوى الدستورية، وسيكون ذلك في بابين متتاليين على النحو التالي:

الباب الأول: فكرة النظام العام الدستوري.

الباب الثاني: أثر فكرة النظام الدستوري على تناول القاضي الدستوري للدعوى الدستورية.

الباب الأول

فكرة النظام العام الدستورى

إن فكرة "النظام العام" **Ordre public** من الأفكار التى تستعصى بطبيعتها على التحديد، ومن ثم لا يوجد تعريف دقيق لها حتى الآن لا فى الفقه ولا فى القضاء. وغاية ما قيل فى شأن النظام العام هو أنه مجموع المصالح الأساسية التى يقوم عليها كيان المجتمع من النواحى السياسية والاقتصادية والاجتماعية. ويعنى ذلك أن قواعد النظام العام هى تلك التى يقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية. والمعروف أن من أهم خصائص المصلحة العامة هو أنها مُرجحة دائماً على المصلحة الفردية، ولذلك فإن القواعد القانونية التى تهدف إلى حماية المصلحة العامة هى من قبيل القواعد الآمرة **Règles impératives** التى لا يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها، لأن فى ذلك خروجاً على النظام العام ذاته.

ومن المعروف أن المصالح الأساسية التى يرتكز عليها مجتمع معين تختلف عن تلك التى يقوم عليها مجتمع آخر. بل إن هذه المصالح تختلف فى المجتمع الواحد من حقبة زمنية إلى أخرى، ولذا فإن أهم ما يميز فكرة النظام العام هو أنها فكرة نسبية ومتطورة يختلف مفهومها من مجتمع إلى آخر. وفى داخل المجتمع الواحد من عصر إلى آخر.

ففى المجتمعات القائمة على أساس المذهب الفردى، حيث تعلو قيمة الفرد وتتقدم مصلحته على مصلحة الجماعة وتقل القواعد الآمرة التى تحد من سلطان الإرادة، تنحصر فكرة النظام العام فى أضيق الحدود. وعلى العكس من ذلك تتسع حدود هذه الفكرة فى المجتمعات القائمة على أساس المذهب الاجتماعى أو الاشتراكى، حيث تزداد تدخلات الدولة فى حياة الأفراد، ويضعف سلطان الإرادة نتيجة كثرة القواعد القانونية الآمرة.

وفى داخل المجتمع الواحد يختلف مدلول النظام العام من عصر إلى آخر نتيجة اختلاف مفهوم المصالح الأساسية التى يقوم عليها هذا المجتمع نتيجة تغير كيان المجتمع وبنيانه، أو نتيجة التطور الذى تفرضه عليه الظروف المحيطة به [١].

والأصل أن يتدخل المشرع، عن طريق القواعد القانونية الآمرة - التشريعية والدستورية- لحماية ما يستجد من قيم عليا فى المجتمع. غير أن تدخل المشرع غالباً ما لا يكون فى الوقت المطلوب، علاوة على أن من الصعب على المشرع أن يحيط دفعة واحدة بكل التطورات التى طرأت على المجتمع من النواحى السياسية والاقتصادية والاجتماعية فى وقت من الأوقات. ولذلك فإن على القاضى أن يلعب دوراً هائلاً فى هذا الخصوص، حيث ينبغى عليه -من خلال قضاءه- أن يراعى مقتضيات النظام العام بأن يستلهم المصلحة العامة وأن يتقيد بالنظم والآداب السائدة فى المجتمع. وأن يضمن لها ما قد يغفل التشريع ضمانه من حماية كافية. ويزيد من مهمة القاضى أن فكرة النظام العام ذاتها تستعصى على التعريف الدقيق كما أنها فكرة نسبية ومتطورة. كما أشرنا سابقاً. ولعل هذا ما دعا أحد الفقهاء

(١) لمزيد التفاصيل حول فكرة النظام العام ، راجع:
- دكتور سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، الإسكندرية ، ١٩٨٥، ص٨٩ وما بعدها.
- دكتور محمود مصطفى يونس، نحو نظرية عامة لفكرة النظام العام فى قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى.
- دكتور محمد محمد بدران، المرجع السابق، ص١٢ وما بعدها.
- **P. BERNARD, l'ordre public en droit administratif, L.G.D.J, paris, 1962.**
- **C.VIMBERT, l'ordre public dans la juris prudence du conseil constitutionnel, R.D.P. 1994, pp. 693 et ss.**

الفرنسيين إلى القول -ساخراً- بأن "النظام العام يختلف باختلاف طول أقدام القضاء" **"l'ordre public varie à la longueur des pieds des majistrats"**[١].

وتؤثر فكرة النظام العام بالمعنى السابق فى النظام الإجرائى أمام جهات القضاء المختلفة، ولكن فى حين يقل لجوء القضاء المدنى إلى هذه الفكرة تزداد حالات لجوء كل من القاضى الإدارى والقاضى الجنائى إليها. ويرجع ذلك بلا شك إلى أن الغالب على قواعد القانون المدنى هو تنظيم المصالح الخاصة للأفراد، أما قواعد القانون الإدارى وقواعد القانون الجنائى فيغلب عليها الميل إلى تحقيق المصلحة العامة وحمايتها.

ومن مظاهر تأثير فكرة النظام العام على النظام الإجرائى أمام جهات القضاء المختلفة ظهور فكرة "الدفوع المتعلقة بالنظام العام" التى تلجأ إليها جهات القضاء المختلفة، والتى آثرنا أن نعرض لها بقليل من التفصيل قبل أن نشرع فى عرض فكرة النظام العام الدستورى ذاتها. وسيكون ذلك فى فصلين متتاليين على النحو التالى:

الفصل الأول: **فكرة النظام العام فى ميدان الإجراءات أمام القضاء.**

الفصل الثانى: **فكرة النظام العام الدستورى.**

---

(١) **P. MALAURIE. Note sous CE 18 mars 1955. D. 1956. p. 517.**

الفصل الأول

فكرة النظام العام فى ميدان الإجراءات أمام القضاء

من مظاهر تأثير فكرة النظام العام على الإجراءات القضائية وجود فكرة "الدفوع المتعلقة بالنظام العام" Les moyens d'ordre public التى تخضع لنظام قانونى خاص يجعل منها استثناءاً على القواعد العامة للدفوع القضائية، حيث يمكن إثارتها بواسطة أطراف القضية متى توافرت المصلحة فى ذلك دون التقيد بميعاد معين، وفى أية مرحلة من مراحل الدعوى: أثناء تداول الدعوى الأصلية، وفى مرحلة الاستئناف، وخلال مرحلة الطعن بالنقض، كما ينبغى على القاضى أن يتصدى لإثارتها من تلقاء نفسه فى أية مرحلة تكون عليها الدعوى حتى لو أعلن الخصم المعنى بها تنازله عن التمسك بها صراحة.

ونعرض فيما يلى لماهية الدفوع المتعلقة بالنظام العام، ثم نعقب ذلك بالحديث عن التزام القاضى بالتصدى لهذا النوع من الدفوع، وذلك فى مبحثين متتاليين على النحو التالى:

المبحث الأول: الدفوع المتعلقة بالنظام العام.

المبحث الثانى: التزام القاضى بالتصدى من تلقاء نفسه لإثارة الدفوع المتعلقة بالنظام العام.

المبحث الأول: الدفوع المتعلقة بالنظام العام.

من المسلم به -وفقاً للمبادئ العامة للإجراءات أمام القضاء- أن فكرة الدفوع المتعلقة بالنظام العام تعد استثناء على مبدأ التزام القاضى بعدم الحكم بما لم يطلبه الخصوم أو بأكثر منه، ولا يوجد تعريف دقيق حتى الآن للدفوع المتعلقة بالنظام العام لا فى الفقه ولا فى القضاء.

وعلى الرغم من عدم وجود معيار حاسم أو تعريف محدد للدفوع المتعلقة بالنظام العام، فإن من الممكن التعرف عليها من خلال ما يجمع بينها من نظام قانونى يميزها عن غيرها من الدفوع العادية.

ونعرض فيما يلى لتفاصيل ما سبق، وذلك فى مطلبين متتاليين على النحو التالى:

المطلب الأول: صعوبة وضع معيار حاسم للدفوع المتعلقة بالنظام العام.

المطلب الثانى: النظام القانونى للدفوع المتعلقة بالنظام العام.

المطلب الأول: صعوبة وضع معيار حاسم للدفوع المتعلقة بالنظام العام.

سوف نرى عند الحديث عن النظام القانونى للدفوع المتعلقة بالنظام العام، أن من خصائص هذه الدفوع أنها يمكن إثارتها فى أية مرحلة تكون عليها الدعوى سواء بواسطة الخصوم أو بواسطة القاضى. بل إن على هذا الأخير أن يتصدى لإثارتها من تلقاء نفسه حتى لو أعلن الخصم المعنى بها تنازله عن التمسك بها صراحة. وبهذه المثابة فإن الدفوع المتعلقة بالنظام العام تعد بمثابة استثناء واضح على مبدأ التزام القاضى بإطار المنازعة المعروضة عليه كما حددها أطرافها.

ولكن ما هو المقصود تحديداً بالدفع المتعلق بالنظام العام؟

- يبدو أنه لا توجد إجابة محددة على هذا التساؤل حتى الآن؛ ففكرة الدفع المتعلق بالنظام العام فكرة مركبة -كما سبق وأشرنا- لأنها تحتوى على فكرتين فرعيتين تتسمان كذلك بالتعقيد: الأولى هى فكرة "الدفع **Moyen**، والثانية هى فكرة "النظام العام" **Ordre public** التى سبق وأشرنا إلى خصائصها الرئيسية ورأينا كيف أنها فكرة نسبية وفى تطور مستمر، لأن المسائل التى تعتبر من النظام العام فى مجتمع معين لاتصالها بالمصالح الأساسية السياسية والاقتصادية والاجتماعية لمجموع الأفراد قد لا تعتبر كذلك فى بلد آخر، وفى داخل المجتمع الواحد قد تصل المسألة بالنظام العام فى عصر معين ثم تفقد هذه الصفة فى عصر لاحق نتيجة التحولات التى قد تطرأ على كيان المجتمع وبنيانه.

ولما كان الدفع بالنظام العام لا يثار -فى أية مرحلة من مراحل الدعوى- إلا بمناسبة مسألة من المسائل المتعلقة بالنظام العام فكان لابد من التسليم بوجود تلازم بين فكرة الدفوع المتعلقة بالنظام وفكرة النظام العام ذاتها. ومن نتائج هذا التلازم أن فكرة الدفوع المتعلقة بالنظام العام تتسم بالتعقيد وتستعصى على التحديد، شأنها شأن فكرة النظام العام التى لا يوجد تعريف دقيق لها حتى الآن[١].

وعلى الرغم من لجوء المحاكم بمختلف أنواعها إلى استخدام الدفوع المتعلقة بالنظام العام، فقد لاحظ بعض الفقهاء أن أياً من جهات القضاء المختلفة لم تحاول أبداً تعريف هذا النوع من الدفوع، بل إن القضاة قد درجوا على الاكتفاء بإبراز صفة النظام العام المرتبطة بالدفع، مع ما يترتب على ذلك من نتائج على المستوى الإجرائى، ولكن دون أن يقدموا ما

---

(١) راجع فى ذلك:

- تيرى دى مانو، المرجع السابق، ص٥٤

- **Annick DORSNER – DOLIVET et Thierry BONNEAU, l'ordre public, les moyens d'ordre public en procédure. D. chronique, 1986. p. 59.**

يبرر ذلك من أسباب قانونية. ويدل ذلك على أن فكرة الدفوع المتعلقة بالنظام العام فكرة مطاطة[١]، شأنها في ذلك شأن "النظام العام" الذى وصفه -كما أشرنا من قبل- فقيه آخر بأنه "يختلف باختلاف طول أقدام القضاة"[٢].

وفى الفقه، بُذلت محاولات متعددة لتحديد مفهوم الدفع بالنظام العام؛ ففى ميدان القضاء الإدارى عرف البعض الدفع بالنظام العام بأنه "الدفع الذى يكون على درجة من الأهمية بحيث إذا لم يبال به القاضى فلن يكون قد أدى مهمته المتمثلة فى القضاء وفقاً لما تمليه قواعد القانون الأساسية[٣]". ويبدو أن هذا التعريف للدفع بالنظام العام يحوز على رضى بعض كبار فقهاء القانون الإدارى فى فرنسا [٤].

وفى ميدان المرافعات المدنية عرف بعض الفقهاء الدفع بالنظام العام بأنه "الدفع المستمد من انتهاك أحكام قانون صدر بالأساس لتحقيق مصلحة المجتمع فى مجمله" [٥].

---

(١) تيرى دى مانو، المجلس الدستورى .... المرجع السابق، ص٥٤.

(٢) بول مالورى، التعليق سالف الذكر، ص٥١٧.

(٣) "Celui qui présente une telle importance que si le Juge saisi n'en tenait pas compte, il ne remplirait pas sa mission qui est de satuer en conformité des règles fondamentales du droit".
(G. Maleville, Jurés classeur administratif, fasc. 616, No 257).

(٤) راجع على سبيل المثال:

- J-M AUBY et R. DRAGO, traité du contentieux administratif. 1984, tome. 2 P. 241.
- R. ODENT, contentieux administratif, les cours du droit, 1981, PP.205-206.

(٥) "Est d'ordre public le moyen tiré de la violation d'une loi édictée principalement dans l'interet de la société prise dans son ensemble…".
(E. Faye. la cour de cassation, 1970, No. 130).

أما فقهاء القانون الجنائي فيكتفون بسرد الدفوع المتعلقة بالنظام العام، دون محاولة إعطائها تعريفاً محدداً. ومثال ذلك ما قاله بعضهم من أن الدفع بالنظام العام هو: "كل دفع مستمد من انتهاك القواعد المتعلقة بالسير المنتظم للهيئات القضائية، وبالمبادئ الأساسية للملاحقة الجنائية، والإدانة القضائية، وبكل ما هو أساسي من حقوق الدفاع"(١).

ولا يخفى على المتخصص أن هذا المنهج لا يحتوى على أى تعريف للدفع المتعلق بالنظام العام، لأنه ينطوى على إقرار ضمنى بأن الدفع المتعلق بالنظام العام هو ما اعتبره القاضي كذلك.

وأمام صعوبة وضع تعريف فقهى مُحدد لفكرة الدفع بالنظام العام ذهب بعض الفقهاء، إلى أنه لا مناص من الاعتماد على أقرب التعريفات إلى محتوى فكرة الدفع بالنظام العام ذاتها، وهو التعريف الذى يستند إلى النظام القانونى للدفوع المتعلقة بالنظام العام أى إلى مجموعة الخصائص المشتركة التى تجمع هذه الدفوع فى طائفة واحدة(٢).

وهذا التعريف قال به الفقيهان الفرنسيان "جان مارى أوبى" **Jean-marie Auby** . و"رولان دراجو" **Rolland Drago** فى مؤلفهما "مطول القضاء الإدارى". ومن وجهة نظرهما فإن الدفع المتعلق بالنظام

---

(١) **Tout Moyen tiré de la violation des règles relatives au fonctionnement régulier des institutions Judiciaires ou à l'observation des principes fondamentaux relatifs à la poursuite, à la condamnation pénale et aux droits de la défense en ce qu'ils ont d'essentiels", (A. PEPY, Jurisclasseur de procédure pénale, articles 567 à 621, Fasc. X.**

(٢) راجع فى ذلك:

- كريستيان ديبوى، المرجع السابق، ص٤-٥.
- **Thierry Di Manno, le conseil constitutionnel et les Moyens…. Op-cit, P.55.**
- تيرى دى مانو، المجلس الدستورى ...... المرجع السابق، ص٥٥.

العام هو "الدفع الذى يمكن أن يثار للمرة الأولى أمام القاضى حتى ولو لم يقدم بمناسبة الطلب الأصلى، ويمكن تقديمه دون التقيد بمواعيد، كما يمكن أن يثار للمرة الأولى أمام قاضى الاستئناف وقاضى النقض "(١).

ووفقاً للتعريف السابق، فإن للدفع بالنظام العام فى ميدان القضاء الإدارى خصائص معينة يمكن بسهولة اعتمادها لتمييز مثل هذه الدفوع فى القضاء المدنى والجنائى كذلك. ومن أهم هذه الخصائص:

- الدفع بالنظام العام يمكن إثارته فى كافة أنواع القضايا، فى آية مرحلة تكون عليها الدعوى، ودون التقيد بميعاد معين.
- الدفع بالنظام العام يلتزم القاضى بالتصدى له من تلقاء نفسه.
- الدفع بالنظام العام لا يمكن لأطراف الدعوى العدول عنه.

وهكذا، نظراً لاستحالة وضع تعريف حاسم للدفوع المتعلقة بالنظام العام، فلابد من التعرف على هذه الدفوع من خلال ما يجمع بينها من خصائص مشتركة. ومن جماع هذه الخصائص يتكون النظام القانونى للدفوع المتعلقة بالنظام العام. وهذا ما سوف نعرض له فى المطلب التالى.

---

(١) "Un Moyen qui peut être soulevé pour la première fois devant le Juge alors qu'il ne l'a pas été à l'occasion du recours administratif préalable, qui peut être présenté hors du délai, ou qui peut être, pour la première fois présenté devant le Juge d'appel ou de cassation".
(جان مارى أوبى وورولان دراجو، مطول القضاء الإدارى، المرجع السابق، فقرة ١١٣٦، ص٢٤١).

المطلب الثانى: النظام القانونى للدفوع المتعلقة بالنظام العام (خصائص الدفع بالنظام العام).

إنتهينا فيما سبق إلى صعوبة وضع تعريف حاسم للدفوع المتعلقة بالنظام العام. وإلى أنه لا سبيل إلى التعرف على مثل هذه الدفوع إلا من خلال ما يجمع بينها من خصائص مشتركة. ونعرض فيما يلى لهذه الخصائص فى ثلاث نقاط متتالية على النحو التالى:

أولاً: الدفع بالنظام العام يمكن إثارته فى جميع مراحل الدعوى.

ثانياً: الدفع بالنظام العام لا يمكن لأطراف الدعوى العدول عنه.

ثالثا: الدفع بالنظام العام يلتزم القاضى بالتصدى له من تلقاء نفسه.

الفرع الأول: الدفع بالنظام العام يمكن إثارته فى جميع مراحل الدعوى.

تتمثل الخاصية الأولى من الخصائص المشتركة للدفوع المتعلقة بالنظام العام فى أنها يمكن إثارتها سواء بواسطة أطراف الدعوى أو بوساطة القاضى المختص بنظرها، دون التقيد بالمواعيد الإجرائية لتقديم الدفوع فى القضية، وفى أية مرحلة تكون عليها الدعوى، بما فى ذلك مرحلتى الاستئناف والنقض.

وتتمتع هذه الخاصية من خصائص الدفوع المتعلقة بالنظام العام بقبول تام من جانب الفقهاء[١] كما أنها تلقى قبولاً حسناً من جانب جهة القضاء العادى[٢] وجهة القضاء الإدارى[٣].

الفرع الثانى: الدفع بالنظام العام لا يمكن لأطراف الدعوى العدول عنه.

تتميز الدفوع المتعلقة بالنظام العام كذلك بأنها لا يمكن التنازل عنها صراحة أو ضمناً بواسطة أطراف الدعوى. وتحظى هذه الخاصية من خصائص الدفع المتعلق بالنظام العام بقبول تام من جانب غالبية الفقهاء فى مجال الإجراآت أمام القضاء المدنى[٤] والجنائى[٥] والإدارى[٦].

وفى مجال الإجراءات أمام القضاء الإدارى يظهر القاضى الإدارى درجة عالية من التشدد فى التمسك بهذه الخاصية من خصائص الدفوع المتعلقة بالنظام العام[٧]؛ فقد اعتاد مجلس الدولة الفرنسى فى أحكامه

---

(١) راجع فى ذلك:
- كريستيان. ديبوى الدفوع المتعلقة بالنظام العام فى الإجراءات الإدارية القضائية، المرجع السابق، ص٤١٧.

(٢) راجع حكم الدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية الصادرة فى ٥ فبراير ١٩٧١، مجموعة أحكام النقض المدنى، رقم ٩٣، ص٦٧، وحكم الدائرة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية الصادر فى ٢٩ ديسمبر ١٩٧١، مجموعة أحكام النقض الجنائى، رقم ٣٧١، ص٩٣١.

(٣) راجع حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٢١ مايو ١٩٨٢ فى قضية (Commune de compiégne)، مجموعة أحكام مجلس الدولة، ١٩٨٢، ص١٨٥.

(٤) GUINCHARD et VINCENT, procédure civile, 1981, No 127.
وراجع دكتور محمود مطصفى يونس، المرجع السابق، ص٢١٧ وما بعدها.

(٥) André MERLF et Roger VITU, traité du droit criminel, paris. Cujas, 1967, No 1060.

(٦) HEURTE, la Notion d'ordre public dans la procedure administrative, R.D.P. 1953. P. 615.

(٧) راجع فى ذلك : كريستيان ديبوى، الدفوع المتعلقة بالنظام العام فى الإجرآت الإدارية القضائية، المرجع السابق، ص٤٢٣ وما بعدها.

على التذكير بتعلق الدفع بالنظام العام قبل أن يقضى بعدم ترتيب أية نتائج على تنازل المتقاضيين عنه صراحة أو ضمناً[١].

ومع ذلك فقد لاحظ بعض فقهاء القانون الإدارى الفرنسى أن عدم إمكانية التنازل عن الدفوع بالنظام العام صراحة أو ضمناً تمثل فى ذاتها استثناءً تبرره فكرة النظام العام على مبدأ قبول القاضى الإدارى لانقضاء الحق فى الدعوى بإرادة الخصوم، كما لو تنازل المدعى بإرادته المنفردة عن دعواه أو سلم المدعى عليه بها، أو كما لو اتفق الأطراف على انقضاء الدعوى على أثر صلح يتضمن تنازلات متبادلة[٢].

الفرع الثالث: الدفع بالنظام العام يلتزم القاضى بإثارته من تلقاء نفسه.

أما الخصيصة الثالثة من خصائص الدفوع المتعلقة بالنظام العام فتتمثل فى أنها من الدفوع التى ينبغى على القاضى إثارتها من تلقاء نفسه، فى أية مرحلة من مراحل التقاضى، حتى لو لم يثرها الطرف صاحب المصلحة فى ذلك، أو أعلن تنازله عنها صراحة أو ضمناً.

وتتمتع هذه الصفة من صفات الدفوع المتعلقة بالنظام العام بقبول تام سواء فى الفقه أو فى القضاء. وهذا ما سوف نعرض له بشيء من التفصيل فى المطلب التالى.

---

(١) راجع على سبيل المثال حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى أول أكتوبر ١٩٧٦ فى قضية (Deddouche) ، مجلة القانون العام (R.D.P)، ١٩٧٧ ص٢٤٢.

(٢) كريستيان ديبوى، المرجع السابق، ص٤٢٣.

المبحث الثاني: التزام القاضي بإثارة الدفوع المتعلقة بالنظام العام

من المبادئ التقليدية المسلم بها في مجال الإجراءات أمام القضاء، أن الخصومة ملك الخصوم، حيث لا يعمل القاضي من تلقاء نفسه **D'office** - من حيث المبدأ - وإنما بناء على طلب من صاحب المصلحة. ويتحدد نطاق القضية بالمطالبة القضائية **la demande en justice** التي تبدأ بها الخصومة، وتسمى هذه المطالبة كذلك "الطلب الأصلي" **la demande principale** الذي يشتمل على عناصر الدعوى وهي عبارة عن أشخاص الدعوى ومحلها وسببها.

وتدور الخصومة حول هذه العناصر دون غيرها، وإن كان مبدأ الاقتصاد في الخصومة، والرغبة في تصفية النزاعات المرتبطة بالنزاع الأصلي أو المتفرعة عنه قد يدفع المشرعين إلى إجازة تقديم طلبات جديدة في حالات معينة. وهكذا فإن نطاق القضية قد يحدده ليس فقط الطلب الأصلي، ولكن كذلك الطلبات الجديدة التي قد يسمح المشرع بتقديمها، ويطلق عليها الطلبات العارضة...**les demandes incidentes**. وفي جميع الحالات فإن لأطراف الخصومة وحدهم التقدم بما لديهم من طلبات ودفوع وأدلة لكي يحققها القاضي[1].

ويترتب على ذلك التزام القاضي بما قدمه الخصوم من طلبات أصلية وعارضة؛ فعليه أن يرد عليها. فيقبل ما يراه جديراً بالقبول، ويرفض ما يراه جديراً بالرفض، وما عليه إلا بيان ذلك في أسباب حكمه. كما لا ينبغي

---

(١) راجع في تفاصيل ذلك:
- دكتور فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، ١٩٨١، ص٤٩٠.
- دكتور وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، الطبعة الأولى، ١٩٨٦، دار الفكر العربي، ص٣٩٩ وما بعدها، وص ٣٠٥ وما بعدها.

على القاضي تغيير مضمون هذه الطلبات والدفوع، أو استحداث طلبات جديدة لم يطرحها الخصوم. وبصورة عامة لا يمكن للقاضي أن يغير في السبب الذي قامت عليه الدعوى، أو في محلها، أو أن يفصل فيها في مواجهة شخص لم يختصم فيها. ومن خلال ذلك نشأت في فقه قانون المرافعات العام قاعدة مؤداها أن "ليس للقاضي أن يحكم بما لم يطلبه الخصم أو بأكثر منه" **"le juge ne peut statuer ultra-petita"**. وإلا كان متجاوزاً لحدود وظيفته القضائية (١).

وتتمتع هذه القاعدة بقبول حسن من جانب الفقه والقضاء في ميادين الإجراءات أمام القضاء المدني (٢)، والقضاء الجنائي (٣)، والقضاء الإداري (٤).

ومع ذلك فإن تلك القاعدة يدخل عليها استثناء هام يتمثل في الدفوع المتعلقة بالنظام العام، والتي ينبغي على القاضي أن يتصدى لإثارتها من تلقاء نفسه، في أية مرحلة تكون عليها الدعوى (أثناء تداول الدعوى الأصلية، وفي مرحلتي الاستئناف والنقض)، حتى لو لم يتمسك بها الخصوم، أو أعلن الخصم المعني بها تنازله الصريح عن التمسك بها، وذلك استناداً إلى ضرورة احتياط القاضي لمقتضيات النظام العام أثناء النظر في الدعوى المعروضة عليه. ويمثل ذلك استثناءً واضحاً على مبدأ التزام القاضي

---

(١) **Jean-marie AUBY, l'ultra petita dans la procédure administrative contentieuse, mélanges Marcel WALINE, paris, 1974, pp. 267 et ss.**

(٢) **VINCENT et GUINCHARD, procédure civile, 1981, P. 401.**

وكذلك كريستيان ديبوى، المرجع السابق، ص٤١٥.

(٣) **MERL et VITU, traité du droit criminel, paris, Cujas 1967, nos 51-52.**

(٤) **J.P. JACQUÉ, les moyens d'ordre public dans le contentieux de pleine Juridiction en France, mélanges stassinopoulos, paris. L.G.D.J, 1974 P. 241.**

بإطار الخصومة المعروضة عليه كما حدده أطرافها. وهو استثناء مقبول بصورة عامة لدى الفقه وجهات القضاء المدنى والجنائى والإدارى[1].

والواقع أن التزام القاضى بإثارة الدفوع المتعلقة بالنظام العام يبدو أمراً منطقياً، خصوصاً ونحن نعلم أن من أهم خصائص هذا النوع من الدفوع أن أطراف الدعوى لا يستطيعون التنازل عن التمسك بها. فإذا كان هذا هو حال الخصوم فليس من المعقول تخيير القاضى فى أن يتصدى أو لا يتصدى لإثارة هذه الدفوع من تلقاء نفسه، ولا سيما فى ظل غلبة الطابع التحقيقى أو الاستقصائى **le caractère inquisitoire** على الإجراءات أمام بعض جهات القضاء كجهة القضاء الإدارى.

ولذلك فإن تصدى القاضى لإثارة الدفوع المتعلقة بالنظام العام يمثل التزاماً بالنسبة له. ومع ذلك فإن وفاء القاضى بهذا الالتزام يخضع لشروط محددة؛ حيث لا ينبغى عليه أن يتصدى لإثارة هذا النوع من الدفوع إلا إذا اتصلت بالنزاع المعروض عليه، وكانت ذا أثر حاسم فى الفصل فيه.

ونعرض فيما يلى لمضمون التزام القاضى بإثارة الدفوع المتعلقة بالنظام العام، وللشروط الواجب توافرها لوفائه بهذا الالتزام، وذلك فى مطلبين مستقلين على النحو التالى:

---

(1) راجع فى ذلك :

- فنسان، المرافعات المدنية والنظام العام، الدراسة سالفة الذكر، ص٣٢٥.
- كريستيان ديبوى، الدفوع المتعلقة بالنظام العام فى الإجراءات الإدارية القضائية، المرجع السابق، ص٤١٥.
- جان مارى أوبى وورولان دراجو، مطول القضاء الإدارى، الجزء الثانى، المرجع السابق، ص٢٤٢ فقرة ١١٣٧.
- وراجع حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٢٣ يناير ١٩٥٣ فى قضية **Goura-Joux**، مجموعة أحكام المجلس ١٩٥٣، ص٣١، وحكمه الصادر فى ٣١ يناير ١٩٦٤ فى قضية **Société Nobel - Bozel** ، مجموعة أحكام المجلس، ١٩٦٤، ص٣١٢، وحكمه الصادر فى ٦ يناير ١٩٧٦ فى قضية **(Union C.F.D.T-C.F.G.T)**. مجموعة أحكام المجلس ١٩٧٦ ص٨٨.

المطلب الأول: مضمون التزام القاضي بإثارة الدفوع المتعلقة بالنظام العام.

المطلب الثاني: الشروط الواجب توافرها لقيام القاضي بالتصدي لإثارة الدفوع المتعلقة بالنظام العام.

المطلب الأول: مضمون التزام القاضي بإثارة الدفوع المتعلقة بالنظام العام.

كان الخلاف قد دب بين فقهاء قانون المرافعات المدنية والتجارية الفرنسيين في بداية الخمسينيات من القرن العشرين حول تكييف تصدي القاضي المدني لإثارة الدفوع المتعلقة بالنظام العام أثناء مرحلة نظر الدعوى، وما إذا كان هذا الأمر يُمثل التزاماً بالنسبة له أم أنه مجرد رخصة، وذلك على الرغم من اتفاق غالبية الفقهاء على أهمية إثارة الدفوع المتعلقة بالنظام العام [١].

وتعود أسباب هذا الخلاف الفقهي إلى أنه توجد -إلى جانب الدفوع المتعلقة بالنظام العام- طائفة الدفوع القانونية الخالصة **les moyens de pur droit** والتي عرفتها الدائرة الثانية المدنية بمحكمة النقض الفرنسية [٢] بأنها تلك التي "لا تفرض على القاضي بحث أية واقعة مادية لم تتم إثارتها أمام قاضي الموضوع" [٣]. ويعني ذلك من وجهة نظر المحكمة ضرورة اتصال الدفع القانوني الخالص بموضوع الدعوى التي ينظرها القاضي.

وقد ذهب جانب من الفقه إلى أن الدفع القانوني الخالص -وعلى العكس من الدفع المتعلق بالنظام العام- يمنح القاضي مجرد رخصة لإثارته

---

(١) راجع في تفاصيل هذا الأمر:

P. MALAURIE, l'ordre public et l'office du Juge, D. 1956. J, PP. 517 et ss.

(٢) **Cassation civile, 2eme chambre, 6 février 1975, bulletin civil. 2, No 37, P.31.**

(٣) **"N'exigent l'appréciation d'aucun fait non déduit devant les juges du fond".**

من تلقاء نفسه[١]. وذهب جانب آخر راجع فى الفقه إلى أن القاضى يلتزم بضرورة إثارة الدفوع القانونية الخالصة، وذلك استناداً إلى المادة الثانية عشرة من قانون المرافعات المدنية التى تنص على أنه: "ينبغى على القاضى الفصل فى النزاع المعروض عليه طبقاً لقواعد القانون التى تحكمه"[٢].

وهكذا يبدو أن القاضى المدنى يلتزم قانوناً بالتصدى لإثارة الدفوع القانونية الخالصة التى لم يثرها الخصوم فى الدعوى. وإلا فإن قضاءه يكون قد انتهك القانون أو أخطأ فى تطبيقه. وهذا ما أكدته الدائرة الأولى المدنية لمحكمة النقض الفرنسية فى حكمها الصادر فى ١٩مارس ١٩٨٥[٣]، والتى ساوت فيه بين الدفوع المتعلقة النظام العام والدفوع القانونية الخالصة من حيث التزام القاضى بإثارتها والتصدى لها من تلقاء نفسه إذا غفل عنها أو أهملها الخصوم[٤].

ولعل هذا ما دعا بعض الفقهاء الفرنسيين إلى القول بأنه لا توجد اختلافات جوهرية بين النظام القانونى للدفع المتعلق بالنظام العام والدفع القانوني الخالص؛ فكلاهما يهدف إلى ضمان التطبيق الجيد لقواعد القانون[٥].

ومع ذلك يوجد اختلاف جوهرى وطبيعى أيضاً بين الدفع المتعلق بالنظام العام والدفع القانونى الخالص. ويتمثل هذا الاختلاف فى أن الدفع

---

(١) J. MONESTIER, le moyen d'ordre public, thèse, Toulouse, 1965, P.207.

(٢) "le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables".

(٣) Cassation civile, 1ere chambre, 19 mars 1985, J.C.P. 1985, 4, P. 197.

(٤) تيرى دى مانو، المجلس الدستورى ......، المرجع السابق، ص٥٧.

(٥) NORMAND, jurésclasseur de procédure civile, fascicule 151, No 87.

المتعلق بالنظام العام لا يمكن لأطراف الدعوى العدول عنه، في حين يمكنهم العدول عن الدفع القانوني الخالص. ويوجد اتفاق بين غالبية فقهاء قانون المرافعات المدنية الفرنسيين على قبول هذا الفارق بين الدفعين، إلا فئة بسيطة منهم ترى أنه إذا كان من الواجب على القاضي أن يبحث عن حل قانوني للنزاع المعروض عليه، ولذلك فهو يتصدى لإثارة الدفوع المتعلقة النظام العام والدفوع القانونية الخالصة، فإنه من غير المقبول أن يعدل الخصوم عن الحل الذي انتهى إليه القاضي(١).

وعلى الرغم من الانقسامات التي أصابت فقه قانون المرافعات المدنية الفرنسي، فإن هناك شبه اتفاق على التزام القاضي المدني بإثارة الدفوع المتعلقة بالنظام العام في القضية المعروضة عليه.

أما في مجال القضاء الإداري؛ فلم يتردد الفقه في التأكيد على التزام القاضي الإداري بإثارة الدفوع المتعلقة بالنظام العام. وعلى حد قول أحد الفقهاء فإن "الدفع المتعلق بالنظام العام يفرض نفسه على القاضي: فهذا الأخير لا يمكنه اعتبار هذا النوع من الدفوع بمثابة سلاح يزيد به من سلطاته ويدخل استخدامه في مجال سلطته في التقدير، ولكن ينبغي عليه فحص مثل هذه الدفوع حتى في غياب النص على ذلك، حيث اختصاصه بذلك هو من قبيل الاختصاص المقيد. ولا ينبغي عليه بحال من الأحوال العدول عن التصدي له"(٢). كما ذهب فقيه آخر إلى القول بأن التزام

---

(١) راجع في ذلك:

- A. DORSNER-DOLIVET et t. BONNEAU, l'ordre public, les moyens d'ordre public en procédure, D. 1986. Op-Cit P. 66.

(٢) "Il s'impose au Juge: celui-ci ne peut le considérer comme une arme à l'appui de ses pouvoirs, d'un usage abondanné à sa discrétion. Il doit examiner ce moyen en l'absence même de texte, sa compétence en est liée. Le moyen d'ordre public ne souffre aucune renonciation du Juge".
(J.PEUSH, contribution à l'étude des moyens d'ordre public devant les Juridictions administratives, Annales de la faculté de droit, Beyrouth, 1962. P.11).

القاضى الإدارى بالتصدى لإثارة الدفوع المتعلقة بالنظام العام يعد أحد المبادئ العامة فى الإجراءات أمام القضاء الإدارى[١].

وعلاوة على ذلك فإن قضاء مجلس الدولة الفرنسى يُظهر بوضوح أن تصدى القاضى الإدارى من تلقاء نفسه لإثارة الدفوع المتعلقة بالنظام يمثل التزاماً بالنسبة له. وغالباً ما يُذكر مجلس الدولة المحاكم الإدارية بهذا الالتزام، كما يلتزم هو نفسه بذلك، حتى لو عدل أطراف الدعوى عن التمسك بهذا النوع من الدفوع[٢].

المطلب الثانى: الشروط الواجب توافرها لقيام القاضى بإثارة الدفوع المتعلقة بالنظام العام

من الثابت فى فقه وقضاء المرافعات بوجه عام أن التزام القاضى بإثارة الدفوع المتعلقة بالنظام العام مرهون بتوافر شرطين: الأول يتمثل فى ضرورة استخلاص الدفع من ملف النزاع المعروض على القاضى. أما الثانى فهو ضرورة أن يكون الدفع حاسماً فى حل هذا النزاع.

وإذا انتاب القاضى أدنى شك فى توافر أى من الشرطين السابقين، فما عليه إلا أن يمتنع عن إثارة الدفع، ومن ثم فليس له أن يزيل هذا الشك عن طريق الأمر بإجراء تحقيق إضافى مثلا[٣].

(١) B. KORNPROBST, la Notion de partie et le recours pour excès de pouvoir. L.G.D.J. 1959. P. 291.

(٢) راجع على سبيل المثال فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى فى هذا الخصوص:

- CE-Ass. 6 juillet 1973 Michelin et Voyret, D. 1974. 370. note Hamon.
- CE 6 mai 1961, Giannotti, R.P. 346
- CE ASS. 12 octobre 1979. J.C.P. 1980, 2 No 19288.

(٣) راجع فى ذلك:

- كريستيان ديبوى، الدفوع المتعلقة بالنظام العام..... المرجع السابق، ص٤٣٢.
- نوزمان، المرجع السابق، فقرة ٦٩.
- تقرير مفوض الحكومة السيد GUIONIN بمناسبة حكم مجلس الدولة الفرنسى فى قضية: Ginfold 25 juillet 1952, , D. 1953. pp. 187-189

ومع ذلك ذهب بعض الفقه -في مجال الإجراءات أمام القضاء الإداري- إلى أن الشرط المتعلق بضرورة استخلاص الدفع من ملف الدعوى المعروضة على القاضي، يمكن الخروج عليه أحياناً[١]، وذلك على أساس أن "القاضي يمكن أن يتصدى من تلقاء نفسه للبحث في بعض العناصر غير الواردة صراحة في ملف الدعوى، والتي يمكن أن يبني عليها دفعاً متعلقاً بالنظام العام ينوي إثارته؛ كما لو استنتج القاضي عدم نشر القرار بقانون الصادر على أساسه القرار المطعون فيه بالجريدة الرسمية[٢].

ويرى هذا الجانب من الفقه في قضاء مجلس الدولة ما يؤيد وجهة النظر السابقة؛ ففي تقريره بمناسبة حكم المجلس الصادر في ١٣ يوليو ١٩٦٢ في قضية "المجلس الوطني لنقابة الأطباء" **le conseil national de l'ordre des médecins**"، كان مفوض الحكومة "جي بريبان **Guy Braibant**" قد حث المجلس على ضرورة التصدي لإثارة مسألة صدور قرار رئيس مجلس الوزراء المطعون فيه والصادر بتعديل بعض النصوص التشريعية الصادرة في تاريخ لاحق على دخول دستور ١٩٥٨ في التطبيق بدون الحصول على رأي المجلس الدستوري، على خلاف ما تقضي به الفقرة الأخيرة من المادة ٣٧ من الدستور، وهو شرط إجرائي جوهري يتعلق

---

(١) كريستيان ديبوى، الدفوع المتعلقة بالنظام العام، المرجع السابق ص٤٣٣-٤٣٤.

(٢) **Certains éléments qui ne figurent pas expressément dans le dossier pouraient être recherchés d'office par le juge pour fonder un moyen d'ordre public qu'il se propose de relever; ainsi du défaut de publication au Journal officiel du décret sur la base duquel a été prise la décision contestée".** نقلاً عن كريستيان ديبوى، المرجع السابق، ص٤٣٤.

بالنظام العام، ويجب على المجلس إثارته من تلقاء نفسه والحكم بعدم مشروعية القرار بقانون [١] الصادر بالمخالفة لهذه المادة [٢].

وقد استند مفوض الحكومة فيما ذهب إليه من تعلق الدفع بصدور القرار بقانون بدون استشارة المجلس الدستورى بالنظام العام إلى أن إثارة هذا الدفع لن يتطلب من القاضى إجراء أى تحقيق إضافى، حيث سيكفيه مجرد مراجعة أحكام المجلس الدستورى بالجريدة الرسمية لمعرفة ما إذا كان هذا الأخير قد أبدى رأيه بشأن القرار المطعون فيه من عدمه. وهذا ما فعله مجلس الدولة الذى أخذ بما ذهب إليه مفوض الحكومة، على الرغم من أن الدفع الذى أثاره لم يستنتج أصلاً من أوراق الدعوى المعروضة عليه [٣].

(١) **CE. 13 Juillet 1962, le conseil national de l'ordre de médecins, R.D.P. P 739, conclusions Guy BRAIBANT.**

(٢) تنص المادة ٣٧ من دستور ١٩٥٨ فى فرنسا على أن: "المسائل التى لا تدخل فى نطاق القانون تكون لها صفة لائحية. ، ويجوز تعديل النصوص ذات الشكل التشريعى التى تدخل فى هذه المسائل بمرسوم بعد أخذ رأى مجلس الدولة على أنه لا يجوز تعديل النصوص ذات الشكل التشريعى التى تصدر بعد تطبيق هذا الدستور بمرسوم إلا إذا قرر المجلس الدستورى أن لها صفة لائحية بالتطبيق لنص الفقرة السابقة".

(٣) كريستيان ديبوى، المرجع السابق، ص٤٣٣-٤٣٤.

الفصل الثانى

فكرة النظام العام الدستورى

من الملاحظ أن مرجعية القاضى الدستورى فى الرقابة على دستورية القوانين تميل إلى الاتساع فى معظم النظم القانونية بحيث تتخطى مجرد الدستور بمعناه الشكلى؛ فلم تعد القواعد المكتوبة أو المدونة فى الوثيقة الدستورية هى المرجع الوحيد للقاضى الدستورى فى رقابته على دستورية القوانين بصورة عامة، حيث توجد بجانبها مجموعة أخرى من المبادئ التى اعترفت لها المحاكم الدستورية -مستخدمة سلطتها فى التفسير- بقيمة دستورية، رغم عدم وجودها فى الدستور. وبذلك اتسع نطاق ما أسماه الفقه الفرنسى "المجموعة الدستورية" bloc de constitutionnalité، والتى تضم مجموعة القواعد والمبادئ الدستورية التى تشكل مرجعية القاضى الدستورى فى الرقابة على دستورية القوانين، بصرف النظر عن مصدر هذه القواعد وسواء استمدها القاضى الدستورى من الوثيقة الدستورية أو استخلصها من قيم المجتمع العليا سياسية كانت أم اجتماعية أم دينية[1].

والواقع أن المجلس الدستورى الفرنسى كان سباقاً، فى المضى قدماً فى هذا الاتجاه؛ فبفضل اجتهاده القضائى اتسعت "المجموعة الدستورية" منذ عام ١٩٦٥ وحتى الآن لتشمل إلى جانب الدستور بالمعنى الشكلى، إعلان الحقوق الفرنسى الصادر فى عام ١٧٨٩، ومقدمة دستور ١٩٤٦، وبعض المبادئ

---

[1] راجع فى ذلك :

- Louis FAVOREU, les normes de référence, in «le conseil constitutionnel et les partis politiques», Journée d'étude, du 13 mars 1987, presse universitaire d'Aix-Marsailles (P.U.A.M), 1988 PP. 69 et ss.
- Louis FAVOREU, Bloc de constitutionnalité, in "Dictionnaire constitutionnel, sous la direction de olivier DUHAMEL et Yves MENY, Paris, P.U.F, 1992.

العامة للقانون Les principes généraux du droit [1]. والمبادئ المعترف بها بواسطة قوانين الجمهورية Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République [2]. والمبادئ المسايرة لروح العصر Les principes particulièrement nécessaires à notre temps [3].

وقد لوحظ هذا الاتجاه في فرنسا بالذات لأسباب خاصة بها: فتجربة فرنسا الدستورية والقانونية تجربة رائدة وتاريخها حافل بالأحداث التي كانت تخلف وراءها عادة مجموعة من الثوابت التي تضاف إلى الميراث السياسي والدستوري للفرنسيين. ونخص بالذكر الثورة الفرنسية الكبرى التي أعقبها صدور إعلان حقوق الإنسان والمواطن في عام ١٧٨٩ الذي مازال القضاء يستمد منه حتى الآن ما يساعده على ضبط حركة السلطات العامة والحفاظ على حقوق وحريات الأفراد، وكذلك دستور ١٩٤٦ الذي صدر بعد الحرب العالمية الثانية التي لم تكن سوى نتيجة لخلل في أداء النظم السياسية والدستورية الأوروبية واستهانة بحقوق الإنسان. ولذلك جاءت أحكام هذا الدستور — خصوصاً مقدمته — مليئة بالمبادئ التي لم يكن من السهل التغاضي عن قيمتها الدستورية والقانونية.

---

(١) Benoît JEANNEAU, les principes généraux de droit dans la jurisprudence, thèse, Paris, 1954.

(٢) Jean RIVERO, les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République: une nouvelle catégorie constitutionnelle, D. 1972. -Chro- PP. 265 et ss.

(٣) Michel DEBENE, le conseil constitutionnel et les principes particulièrement nécessaire à notre temps. A.J.D.A, 1978, PP. 531 et ss.

علاوة على ذلك، فقد أحدث دستور ١٩٥٨ في فرنسا ما يشبه الثورة على مفاهيم ظلت رابضة في النظام الدستوري والقانوني الفرنسي لعقود عديدة من الزمن مثل مفهوم "السيادة الوطنية" التي ظل تمثيلها قاصراً على البرلمانات، ومفهوم السلطة التنفيذية التي لم تكن أكثر من سلطة لتنفيذ القوانين وقيادة العلاقات الخارجية، ومفهوم القانون أو التشريع **Loi** الذي طالما اعتبر بمثابة "التعبير عن الإرادة العامة للأمة". كل هذه المفاهيم تغيرت بعد عام ١٩٥٨؛ فلم يعد للبرلمان نفس سلطاته، وازدادت تدخلات السلطة التنفيذية في حياة الأفراد، كما أصبحت التشريعات البرلمانية خاضعة لرقابة المجلس الدستوري، وأمام كل ذلك كان لابد للمجلس الدستوري أن يتحرك لحماية حقوق وحريات الأفراد المعرضة للافتآت بسبب تنامي دور السلطة التنفيذية، وتراجع دور البرلمان وما يصدر عنه من قوانين، ولم يكن هناك بد من البحث عن مرجعية إضافية خلاف المدون في الدستور من قواعد تسمح له بضبط إيقاع عمل السلطات العامة في الدولة بالصورة التي يراها محققة للمصلحة العامة. ومن هنا اتسع محتوى "المجموعة الدستورية" بالصور التي أشرنا إليها.

والملاحظ أن اتساع نطاق "مجموعة القواعد الدستورية" لم يكن قاصراً على فرنسا وحدها، فقد حدث ذلك في معظم الدول التي توجد بها نظم للرقابة على دستورية القوانين، ولكن مع اختلافات في حجم زيادة مجموعة القواعد الدستورية وأسباب تلك الزيادة[١].

---

(١) راجع في ذلك:

- **A ctes du VII^eme conférence des cour constitutionnelles européennes (Lisbonne 26-30 Avril 1987), sur : « la justice constitutionnelle dan le Cadre des pouvoirs de l'État », A.I.J.C, 1987, pp. 15 et ss.**

وفى مصر تبنى القاضى الدستورى مفهوماً شكلياً للدستور حتى عام ١٩٨٢، ورفض بالتالى الاعتراف بقيمة دستورية لميثاق العمل الوطنى وللقوانين الاستفتائية ولغيرها من المبادئ غير المدونة فى الدستور[١]، إلى أن مالت المحكمة الدستورية العليا إلى اعتناق المعيار الموضوعى فى تعريف الدستور عندما اعترفت – فى حدود معينة – بالشريعة الإسلامية كمصدر رسمى من مصادر التشريع، وذلك فى أعقاب تعديل المادة الثانية من دستور ١٩٧١ فى ٢٢ مايو ١٩٨٠ لتصبح الشريعة الإسلامية هى "المصدر الرئيسى للتشريع" بعد أن كانت مجرد "مصدر رئيسى للتشريع"[٢].

المهم أن اتساع حجم مجموعة القواعد الدستورية على النحو السابق قد أدى إلى طرح مشكلة التعارض بين مختلف القواعد ذات القيمة الدستورية والتى قد تتعدد مصادرها وتختلف -داخل البلد الواحد- باختلاف الحقبة الزمنية التى نشأت خلالها، وما إذا كان من الممكن أن يكون لبعضها الأفضلية على البعض الآخر فى حالة التعارض.

وقد طرحت هذه الأسئلة فى فرنسا كما فى خارجها. وكان أول من طرح هذه التساؤلات فى الفقه الفرنسى العميد "جورج فيدل Georges Vedel" فى دراسة له صدرت عام ١٩٨٩ عن "مكانة الإعلان الفرنسى لحقوق الإنسان والمواطن بين عناصر المجموعة الدستورية"[٣].

---

(١) راجع فى ذلك دكتور عادل عمر شريف، القضاء الدستورى، قضاء الدستورية فى مصر، دار النهضة العربية، ١٩٨٨، ص١٨٢ وما بعدها.

(٢) راجع فى تفاصيل هذا الأمر:
- دكتور عادل عمر شريف، ص٢٠٨ وما بعدها.
- دكتور سامى جمال الدين، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٦، ص ١٢٧ وما بعدها، وص ١٤٣ وما بعدها.

(٣) **Gorges VEDEL, la place de la déclaration de 1789 dans le bloc de constitutionnalité, in "la déclaration des droits de l'homme et du**

وتثير هذه التساؤلات مسألة التدرج بين القواعد الدستورية. والتدرج الذى نعنيه هنا ليس فقط التدرج بين قواعد الدستور بالمعنى الشكلى من ناحية والقواعد الدستورية بالمعنى الموضوعى من ناحية أخرى، لأن مسألة التدرج يمكن أن تثور كذلك بين قواعد الدستور بالمعنى الشكلى فيما بينها أو بين القواعد الدستورية بالمعنى الموضوعى فيما بينها كذلك؛ الذى نعنيه بالتدرج هو إذن التدرج بين القواعد الدستورية فى مجملها.

وحقيقة الأمر أن وجود هذا التدرج من عدمه يُعد ذا أثر حاسم فى النظرة إلى القواعد الدستورية خصوصاً من قبل القاضى الدستورى؛ فإذا قلنا بعدم وجود تدرج بين القواعد الدستورية فإن ذلك سيعنى تساويها فى المرتبة، وتمتعها جميعا بنفس القدر من القوة من حيث ضرورة احترام مقتضياتها دون تفرقة بينها. أما إذا سلمنا بوجود تدرج بينها فسيعنى ذلك إمكانية المغايرة بين القواعد الدستورية من حيث القوة، بمعنى تقسيمها إلى قواعد مكملة وأخرى آمرة أى تتعلق بالنظام العام، مع ما يترتب على ذلك من نتائج أهمها على الصعيد الإجرائى التزام القاضى الدستورى بإثارة الدفوع المتعلقة بالنظام العام والتصدى لأوجه مخالفة التشريع لبعض القواعد الدستورية حتى ولو لم يطلب إليه الخصوم ذلك، وذلك بمناسبة دعوى دستورية مطروحة أمامه.

وسوف نرى من خلال دراستنا لمسألة تدرج القواعد الدستورية أن العديد من الدراسات الفقهية الجادة والمتأنية قد انتهت بالفعل إلى وجود تدرج مادى بين القواعد الدستورية. هذا النوع من التدرج يعكس الاختلاف فى القيم التى تعبر عنها نصوص الدستور ومبادؤه دون أن يخل بمبدأ وحدة

---

citoyen dans la jurisprudence", actes du colloque des 25 et 26 mai 1989, Paris P.U.F, 1989. P. 48 et ss.

الدستور؛ فبعض النصوص الدستورية تعبر عن قيم هامة وخطيرة بحيث تبلغ أهميتها إلى درجة النص فى الدساتير ذاتها على عدم إمكانية تعديل بعض أحكامها. ولذلك فإن من السهل الإنتهاء إلى القول بتعلق بعض النصوص الدستورية بالنظام العام الدستورى، مع ما يترتب على ذلك من ضرورة فرض احترامها على سلطة تعديل الدستور من ناحية وعلى القاضى الدستورى من ناحية أخرى، وذلك بغرض فرض علوها على غيرها من بقية نصوص الدستور بالنظام العام الدستورى.

وهكذا فإن لفكرة النظام العام الدستورى تجليات على مستوى النصوص الدستورية ذاتها، وبالتالى على طريقة تناول القاضى الدستورى للدعوى الدستورية.

ونعرض فيما يلى لتجليات فكرة النظام العام الدستورى على مستوى نصوص الدساتير الحديثة، ولكن قبل ذلك ننوى أن نتعرض بالدراسة لمسألة تدرج القواعد الدستورية. هذا التدرج الذى يعد أساساً لفكرة النظام العام الدستورى ذاتها.

وسيكون ذلك فى مبحثين متتاليين على النحو التالى:

المبحث الأول: فى مسألة تدرج القواعد الدستورية: تدرج القواعد الدستورية أساس فكرة النظام العام الدستورى.

المبحث الثانى: تجليات فكرة النظام العام الدستورى على مستوى نصوص الدساتير الحديثة.

المبحث الأول

فى مسألة تدرج القواعد الدستورية

أثيرت مسألة تدرج القواعد الدستورية على مستويين مختلفين : التدرج الشكلى من ناحية، والتدرج المادى أو الموضوعى من ناحية أخرى. وإذا كان التدرج المادى يعنى -كما سوف نرى- التفاوت فى قوة القواعد الدستورية أو فى القيمة التى تعبر عنها هذه القواعد بحيث تستعصى بعضها على التعديل أو المساس حتى من قبل سلطة التعديل الدستورى ذاتها، فإن التدرج الشكلى يعنى -من وجهة نظر من قالوا به- إمكانية ترتيب القواعد الدستورية بالنظر إلى مصدرها فى حالة وجود مصادر متعددة للقواعد الدستورية داخل النظام القانونى الواحد[1].

وواقع الأمر أن مسألة التدرج الشكلى بين القواعد الدستورية قد أحدثت خلافاً فقهياً حُسم فى النهاية لصالح من قالوا بعدم إمكانية وجود هذا النوع من التدرج.

وعلى العكس من ذلك فإن عملية إثبات وجود التدرج المادى بين القواعد الدستورية لم تحتج إلى كثير عناء من جانب كبار فقهاء القانون العام الذين هم الآن فى حالة اتفاق تام على وجود هذا النوع من التدرج. نظراً لما له من فائدة كبرى فى مجال الرقابة على دستورية القوانين.

---

(١) من أجل دراسة مستفيضة لمسألة تدرج القواعد الدستورية فى النظم الدستورية الأوروبية، راجع على وجه الخصوص:

- **Actes du VII^ème^ conférence des cours constitutionnelles européennes (Ankara 7-10 mai 1990), sur : « la hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux » A.I.J.C, 1990, pp. 15 et ss.**

- تيرى دى مانو، المجلس الدستورى.... المرجع السابق، ص١٤٧ وما بعدها.

وفيما يلى سوف نعرض للخلاف الفقهى المتعلق بمسألة التدرج الشكلى بين القواعد الدستورية، ثم نعقب ذلك بالحديث عن اتفاق الفقهاء على وجود التدرج المادى بين هذه القواعد، وذلك فى مطلبين متتاليين على النحو التالى:

المطلب الأول: الخلاف الفقهى المتعلق بالتدرج الشكلى بين القواعد الدستورية.

المطلب الثانى: التسليم بوجود التدرج المادى بين القواعد الدستورية.

المطلب الأول : الخلاف الفقهى المتعلق بالتدرج الشكلى بين القواعد الدستورية.

تجاذب هذه المسألة -فى الفقه الفرنسى على وجه الخصوص- رأيان: الأول يرى بوجود التدرج الشكلى بين القواعد الدستورية، أما الآخر والراجح فيرى عكس ذلك[1]. ونعرض فيما يلى لهذين الرأيين، وذلك فى نقطتين متتاليتين على النحو التالى.

الفرع الأول: الرأى القائل بوجود تدرج شكلى بين القواعد الدستورية.

الفرع الثانى: الرأى الراجح القائل بعدم وجود تدرج شكلى بين القواعد الدستورية.

---

(1) راجع، لمزيد من التفاصيل، تيرى دى مانو، المجلس الدستورى... المرجع السابق، ص١٤٨ وما بعدها.

الفرع الأول: الرأى القائل بوجود تدرج شكلى بين القواعد الدستورية.

يتزعم هذا الاتجاه من الفقهاء الفرنسيين العميد "جان مارى أوبى" Jean – Marie AUBY ، الذى ذهب إلى القول بإنه ليس لمجموعة القواعد الدستورية Bloc de constitutionnalisé قيمة قانونية واحدة. مع تسليمه فى ذات الوقت بأن تحديد قيمة القاعدة الدستورية بالمقارنة مع قاعدة دستورية أخرى هو أمر لا يخلو من الصعوبات [(١)]. ويستند "أوبى" – مع من ناصره من الفقهاء فى ذلك- إلى أن الجانب الأكبر من القواعد الدستورية يُعد مصدراً للحقوق والحريات. وبما أن هذه القواعد قد نشأت فى عصور متتالية ومتباينة فقد لوحظ وجود تعارض بين الحقوق والحريات التى تضمنتها. ولذلك كان من الضرورى إعمال بعضها على حساب البعض الآخر. ولا يتأتى ذلك إلا من خلال اعتماد نوع من التدرج بين القواعد التى تتضمن هذه الحقوق [(٢)].

(١) Jean-marie AUBY, sur l'étude de la hiérarchie des normes en droit public, melanges pellaux, paris, 1980, P.21

(٢) شارك عدد غير قليل من الفقهاء العميد "أوبى" وجهة نظره فى القول بوجود تدرج شكلى بين القواعد الدستورية، وإن كانوا قد اختلفوا فيما بينهم فى تحديد ما يعلو من هذه القواعد على الآخر ، ومن هؤلاء الفقهاء:

- François GOGUEL, objet et portée de la protection des droits fondamentaux, in «cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux» actes du colloque d'Aix-en-provence, février 1981, Economica. P.U.A.M. 1987, P. 236.
- Stifane RIALS, l'incertitude de la notion de constitution. R.D.P, 1984, p.603.
- Stefane RIALS, supra-constitutionnalité et systématicité du droit, archive du philosophie du droit, 1987, 57.
- Jean-François FLAUS, les droits sociaux dans la jurisprudence du conseil constitutionnel, Revue du droit social, 1982, P.652.
- François LUCHAIRE, le conseil constitutionnel et la protection des droits et libertés, mélanges Marcel Waline, tome 2, L.G.D.J. 1974, PP. 572 et ss.

ولتحديد ما يتقدم من هذه القواعد على الآخر فى المرتبة انقسم هؤلاء الفقهاء إلى فريقين بدا كل منهما متأثراً بقناعاته السياسية والاجتماعية والاقتصادية فى تحديد ما يعلو من قواعد دستورية على الأخرى فى حالة تعارض محتواها، بالنظر إلى الفترة الزمنية التى نشأت فيها القاعدة وما تعبر عنه من أفكار سياسية واجتماعية واقتصادية سادت وقت نشأتها. ولما كانت فرنسا -وغيرها من الدول- قد تنازعها منذ بداية الثورة الفرنسية وحتى الآن اتجاهان أساسيان فى السياسة والاقتصاد والاجتماع، أحدهما ليبرالى فردى والآخر ذو نزعة اشتراكية، فقد أمكن التمييز بشأن موقف الفقه من مسألة التدرج الشكلى للقواعد الدستورية بين فريقين الأول ليبرالى والآخر ذو نزعة اشتراكية.

أولاً: التدرج الشكلى من وجهة نظر أنصار الاتجاه الفردى.

يذهب أصحاب الاتجاه الفردى إلى إعلاء قيمة القواعد المنصوص عليها فى إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر فى ٢٦ أغسطس ١٧٨٩ على اعتبار أن: " عبارات هذا الإعلان ذاتها -وفقاً لما يرى البعض- توحى بأنه لم يُعد ليتطابق مع حلقة واحدة من حلقات تطور تاريخ الإنسانية وتاريخ المجتمعات؛ فالحقوق التى ينص عليها الإعلان تتعلق بالإنسان

- Loïc PHILIP, la valeur juridique de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 Août 1789 selon la jurisprudence du conseil constitutionnel, mélanges P. KAYSER, Tome 2. P.U.A.M. 1979, P. 335.

(٢) راجع فى تفاصيل ذلك:

- Philippe TERNEYRE, point du vue française sur la hiérarchie des droits fondamentaux in « études du droit constitutionnel franco-portiguais, paris, Economica, 1992, PP. 35-55.

- تيرى دى مانو، المجلس الدستورى... المرجع السابق، ص١٤٨ ومابعدها.

باعتباره إنساناً" [١]، ولذلك يجب التمييز -وفق البعض الآخر- بين الحقوق المطلقة وغير القابلة للتقادم **Droits absolus et imprescriptibles** التي يحتوي عليها إعلان ١٧٨٩ وغيرها من الحقوق التي نصت عليها في تواريخ لاحقة وثائق دستورية أخرى أو استخلصها القاضي الدستوري مستخدماً سلطته في التفسير، والتي نشأت تمشياً مع مقتضيات عصر معين ومثالها "المبادئ المتمشية مع روح العصر **les principes particulièrement nécessaires a notre temps** التي ظهرت في قضاء المجلس الدستوري الفرنسي منذ عام ١٩٧١ ومثالها مبدأ المساواة بين الجنسين ومبدأ مجانية وعلمانية التعليم وحق اللجوء السياسي والحرية النقابية وحق العمال في الاشتراك في تحديد ظروف العمل داخل المؤسسات التي يعملون بها والحق في الحصول على عمل وغيرها من الحقوق التي تنص عليها قواعد دستورية أخرى" [٢]. ولابد من حسم أي تناقض بين هذه الأنواع من الحقوق لصالح الحقوق المنصوص عليها بإعلان حقوق الإنسان والمواطن [٣].

وفي هذا المعنى ذهب فقيه فرنسي آخر، إلى القول بأن: "إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر عام ١٧٨٩ يحتوي على حريات غير قابلة للمساس بحيث يتعذر على المشرع الدستوري ذاته أن يلغيها" [٤]. بمعنى أن الحقوق والحريات التي تتضمنها نصوص الإعلان تسمو في كل الحالات على ما يمكن أن تنص عليه الوثيقة الدستورية ذاتها من حقوق وحريات.

---

(١) فرانسوا جوجويل، الدراسة سالفة الذكر، ص٢٣٦.

(٢) فرانسوا جوجويل، المرجع السابق، الدراسة سالفة الذكر، ص٢٤٠.

(٣) لمزيد من التفاصيل حول المبادئ المسايرة لروح العصر في قضاء المجلس الدستوري الفرنسي راجع: ميشيل ديبين، المجلس الدستوري والمبادئ المسايرة لروح العصر، دراسة سالفة الذكر.

(٤) **Robert BANDINTER, intervention orale au colloque sur la déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence, Paris, P.U.F. 1989, P.33.**

وقيل أيضاً بأن الحقوق والحريات التي تضمنها إعلان ١٧٨٩ تعلو على الحقوق الاجتماعية **Droits sociaux** التي بدأت المحاكم الدستورية في الغرب. وعلى وجه الخصوص المجلس الدستوري الفرنسي، في الاعتراف لها بقيمة الحقوق الأساسية للفرد. وما بإمكان هذه الحقوق الجديدة هو الإضافة إلى ما تضمنه الإعلان من حقوق لكن ليس الانتقاص منها بأية حال[١].

وقد عبر عن هذه المعاني واحد من أعلام القانون العام الفرنسي وهو ليون ديجي "**Léon Duguit**" منذ ما يقرب من قرن من الزمان عندما قال بأن: "إعلان حقوق الإنسان والمواطن يحتوي على حقائق فوق دستورية. **la déclaration contiendrait des vérités supra-constitutionnelles**[٢]".

هذا ومن الفقهاء من خارج فرنسا من نادى بآراء مماثلة؛ ففي مصر على سبيل المثال، ذهب جانب من الفقه إلى ضرورة التمييز داخل إعلانات الحقوق بصورة عامة بين النصوص التي تحمل قواعد قانونية بالمعنى الصحيح وتنشئ بالتالي مراكز قانونية محددة وواضحة وغيرها من النصوص التي تعلن مجرد أهداف وآمال ومثل عليا وعقائد فلسفية يعتنقها واضعوها. ويرى هذا الجانب من الفقه أن الأولى فقط يمكن أن تأخذ مرتبة أعلى من مرتبة الوثيقة الدستورية[٣]. ومرجع ذلك -وفق ما ذهب اليه البعض- أن "إعلانات الحقوق تضمن مبادئ أساسية مستقرة في الضمير الإنساني العالمي. ومن ثم فهي تسمو على النصوص التي يتضمنها الدستور الوضعي. كما أن مضمون النصوص الواردة بإعلان الحقوق يختلف عن مضمون نصوص

---

(١) جان فرانسوا فلوس، الدراسة سالفة الذكر، ص ٦٥٢.

(٢) **LEON DUGUTI, traité de droit constitutionnel, tome I, 2ème ed. 1921, p561.**

(٣) راجع في ذلك:

- دكتور مصطفى أبو زيد فهمي، النظام الدستوري للجمهورية العربية المتحدة، ١٩٦٦، ص ١٨٩.
- دكتور رمزي الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، دار النهضة العربية، ١٩٨٣، ص ٢١٠ - ٢١١.

الدستور، فالأولى تعلن المبادئ الأساسية والأهداف العامة وترسم الإطار للنظام السياسي والاقتصادي والاجتماعي للدولة، في حين أن الثانية تتضمن القواعد التفصيلية المنظمة للسلطات المختلفة على ضوء تلك الأهداف وفي حدود ذلك الإطار " [١].

وفي هذا السياق كذلك ذهب بعض الفقه المصري إلى التمييز - داخل نصوص الدستور- بين النصوص التقريرية أو القانونية **Regles du droit**، ومثالها حظر تسليم اللاجئين السياسيين وحظر إبعاد المواطنين من البلاد أو منعهم من العودة إليها، والنصوص التوجيهية أو نصوص البرامج **Règles de programme** ومثالها في دستور ١٩٧١ كفالة تكافؤ الفرص وقيام المجتمع على أساس التضامن وتأسيس المجتمع على الأسرة وكفالة خدمات التأمين الاجتماعي والصحي. ويترتب على هذه التفرقة أن النصوص التقريرية قابلة للتطبيق والاحتجاج بها بذاتها، أما النصوص التوجيهية فليست كذلك وإنما لابد لكي يمكن الاحتجاج بها تدخل المشرع لتحويلها إلى قواعد وضعية ذات محتوى قانوني محدد[٢].

ولا شك أننا بهذه المثابة ووفقاً لهذا الرأي لسنا بعيدين عن مسألة التدرج الشكلي بين القواعد الدستورية؛ فعلى الرغم من وحدة المصدر الشكلي بالنسبة لدستور ١٩٧١ إلا أن هذا الدستور يحتوي على قواعد تعبر عن فلسفات ورؤى متنوعة أدت إلى إمكان وجود تدرج معين بين القواعد الدستورية خصوصاً من حيث محتوى هذه القواعد ولذلك فإن هذا الرأي

---

[١] دكتور رمزي الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، المرجع السابق، ص ٢١١.

[٢] راجع في ذلك دكتور مصطفى أبو زيد فهمي، الوجيز في القانون الدستوري والنظم السياسية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٩،مرجع سابق، ص ٣٩٩ وما بعدها.

يصلح كذلك للاحتجاج به للتدليل على وجود تدرج مادى بين القواعد الدستورية كما سوف نرى فيما بعد[1].

ثانياً: التدرج الشكلى من وجهة نظر أنصار الاتجاه الاجتماعى.

يوجد عدد آخر من الفقهاء سيطرت عليهم نزعتهم الاجتماعية فنادوا بإعطاء قوة قانونية أعلى للقواعد الدستورية التى تعكس بعض التحولات إلى المذهب الاشتراكى والتى تجلت فى إرساء مفاهيم جديدة للحياة فى جماعة يمكن الاستناد إليها فى ترتيب منظومة الحقوق والحريات بصورة تخالف الترتيب الذى تكوّن شيئاً فشيئاً فى ظل المذهب الفردى.

وقد قاد هذا الاتجاه فى الفقه الفرنسى الأستاذ "فرانسوا لوشير" **François LUCHARE**، عندما كتب فى عام ١٩٧٤ يقول بأن: "إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر فى عام ١٧٨٩ يتماشى مع متطلبات عصره. على أن لعصرنا متطلبات أخرى: فالملكية التى اعتبرها حقاً مقدساً لا يمكن انتهاكه **Droit inviolable et sacré** أصبحت تمثل وظيفة اجتماعية. كما أن المساواة فى القانون وهى مساواة شكلية **l'égalité en droit** قد أفسحت المجال أمام نوع من المساواة المادية **Egalité matérielle**. وهكذا فإعلان ١٧٨٩ لا ينبغى أن يُفسر كما لو كنا فى بداية عهد الثورة الفرنسية الكبرى ولكن بالرجوع إلى عصرنا، وبطبيعة الحال بالرجوع إلى الأحكام العامة فى دستور ١٩٥٨ بما تضمنه من مقدمة دستور١٩٤٦. ويحتوى دستور١٩٥٨ على حكم حاسم فى هذا الصدد وهو حكم المادة ٢ منه التى

---

(١) سنعود للحديث عن هذا الأمر عند دراستنا لمسألة التدرج المادى بين القواعد الدستورية.

نص على أن "فرنسا جمهورية ... اجتماعية"، وهذا التأكيد يقدم لنا مفتاح تفسير إعلان ١٧٨٩ الذى يجب أن يتم بصورة تسمح بجعله متماشياً مع متطلبات العصر"(١).

وهكذا بالنسبة لصاحب هذا الرأى، -ومن انضم إليه من الفقهاء(٢)- ينبغى تفسير قواعد إعلان حقوق الإنسان والمواطن بالرجوع إلى المبادئ التى احتوتها مقدمة دستور ١٩٤٦ ونصوص دستور ١٩٥٨، بما يعنى أولوية هذه القواعد على ما احتواه الإعلان ذاته، بالنظر إلى اختلاف مصادر جميع هذه القواعد واختلاف الحقبة التاريخية التى صدرت خلالها، وإعمالاً للقاعدة المعروفة بأن "اللاحق ينسخ السابق" **"lex posteriori derogat priori"**.

هذا ولم يخل الفقه المصرى من آراء مماثلة نادت صراحة بهذا التدرج الشكلى بين القواعد الدستورية تأثراً بالحقبة الاشتراكية التى مرت بها مصر بعد عام ١٩٥٢، وما صدر خلالها من "وثائق" قيل بأن لها قيمة تعلو قيمة الوثيقة الدستورية، استناداً إلى أهمية الجهاز أو الهيئة التى صدرت عنها هذه الوثائق.

---

(١) **François LUCHAIRE, le conseil constitutionnel et la protection des droits et libertés des citoyens, mélanges Waline, Paris. L.G.D.G. 1974, PP. 572-573.**

كما عبر هذا الفقيه عن وجهة النظر هذه فى مقالة له نشرت بجريدة "لوموند" الفرنسية بتاريخ ١٧ يناير ١٩٨٢.

(٢) وعمن شاركوا "لوشير" وجهة نظره تلك، راجع على وجه الخصوص:
- لؤيك فيليب، القيمة القانونية لإعلان حقوق الإنسان والمواطن، مرجع سابق، ص٣٥٥.
- تيرى دى مانو، المجلس الدستورى .... المرجع السابق، ص١٥٠-١٥١.

ففى عام ١٩٧٦، ذهب الأستاذ الدكتور مصطفى كمال وصفى الى ضرورة إعلاء النصوص الدستورية التى تؤكد التوجهات الاشتراكية للدولة وإنتماءها العربى والإسلامى على ما عداها من نصوص الدستور.

ويقول فى هذا الخصوص بأنه:

"فى جمهورية مصر: كان النظام قبل ثورة ١٩٥٢ فردياً ديمقراطياً ليبراليا من الوجهة السياسية، ورأسماليا من الوجهة الاقتصادية.

ولما قامت ثورة ١٩٥٢، اتخذت البلاد طابعاً مذهبياً، وذلك لاتجاهها نحو تصفية عيوب الماضى على النحو الذى حددته المبادئ الستة التى قامت عليها الثورة. ثم حدد ميثاق العمل الوطنى سنة ١٩٦٢ هدفاً مذهبياً معيناً: هو النظام الاشتراكى المنصوص عليه فيه بخصائصه التى فارقت الماركسية فى اعترافها بالملكية الخاصة ونشاط القطاع الخاص، وفى النص على احترام الأديان السماوية.

وجاء الدستور الصادر فى ١١ سبتمبر ١٩٧١؛ فنص على أساسين واضحين للمشروعية العليا فى البلاد:

فنص فى المادة (١) على أن "جمهورية مصر العربية دولة نظامها ديمقراطى اشتراكى يقوم على تحالف قوى الشعب العاملة. والشعب المصرى جزء من الأمة العربية يعمل على تحقيق وحدة شاملة .

كما نص فى المادة (٢) على أن "الإسلام دين الدولة، واللغة العربية لغتها الرسمية، ومبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسى للتشريع .

وهذه المواد التى وردت فى تحديد نظام الدولة الأساسى هى قمة المواد الدستورية، وتفسر ألفاظها بكل دقة وعناية. وهى تعلو المواد المتعلقة بمقومات المجتمع والحريات والحقوق والواجبات وسيادة القانون. لأنها نتيجة

نظام الدولة الأساسي ومترتبة عليه، ومقيدة به. كما أنها -من باب أولى- أعلى من سائر الأحكام المتعلقة بتنظيم السلطات العليا وسير العمل بها"[(١)].

وانطلاقاً مما قرره الميثاق ذاته من أن: "الميثاق، وهو يرسي المبادئ، والأسس التي يقوم عليها المجتمع الاشتراكي، يعتبر أساساً لوضع الدستور ولوضع القوانين، فالميثاق ينزل من الدستور منزلة الأبوة. خلص بعض الفقهاء إلى القول بإن: الميثاق كان يحتل مكان الصدارة في الوثائق السياسية والقانونية لجمهورية مصر العربية، وبالتالي كان في مقدمة مصادر المشروعية، حيث يحتل الدستور الذي يوضع في ظله ووفق مبادئه الدرجة التالية في النظام القانوني، وهو على هذا الأساس يعلو الدستور ويسمو عليه لأن المبادئ التي يتضمنها إنما قُررت شعبياً لتكون إطاراً لحياتنا، وطريقاً لثورتنا ودليلاً لعملنا من أجل المستقبل "[(٢)].

وفي نفس السياق يقول فقيه آخر: "من رأينا أن الدستور لا يجوز أن يصدر مخالفاً للميثاق حتى ولو أصدرته هيئة تمثل الإرادة الشعبية أو عُرض في الاستفتاء، ذلك أنه إذا تعذر الرجوع إلى المعيار الشكلي في تحديد المركز أو الهيئة التي أصدرت القاعدة القانونية بسبب صدرو قاعدتين من هيئة واحدة أو من هيئات متجاورة ومتماثلة لا تعلو إحداها على الأخرى. إذا تعذر ذلك وجب الرجوع إلى المعيار الموضوعي. وبمقتضاه تعلو القاعدة الأكثر عمومية وتجريداً القاعدة الأكثر تحديداً وتفصيلاً" [(٣)].

(١) دكتور مصطفى كمال وصفي، النظرة الحديثة للمشروعية في القانون الاداري، مجلة العلوم الإدارية، السنة الثامنة عشرة، العدد الثاني. أغسطس ١٩٧٦، ص٤٥.

(٢) دكتور رمزي الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، المرجع السابق، ص ٢١٤-٢١٥.

(٣) دكتور محمود حلمي، تدرج القواعد القانونية، مجلة العلوم الإدارية، السنة الخامسة، العدد الأول، ص ١٧٦، وأشار إليه دكتور رمزي الشاعر، المرجع السابق، ص ٢١٥.

الفرع الثانى: الرأى الراجح القائل بعدم وجود تدرج شكلى بين القواعد الدستورية.

يعنى التدرج الشكلى بين القواعد الدستورية -من جهة نظر من نادوا به من الفقهاء كما أشرنا آنفاً- إمكانية تقسيم هذه القواعد الدستورية وترتيبها فى طوائف قد يعلو بعضها على البعض الآخر فى حالة وجود تعارض بينها. وذلك بالرجوع إلى مصدرها. فى حالة وجود مصادر متعددة للقواعد الدستورية داخل النظام القانونى الواحد.

ولكن إلى جانب هذا الرأى يوجد رأى آخر فى الفقه -أيدته أحكام القضاء الدستورى- ذهب إلى استحالة وجود تدرج شكلى بين القواعد الدستورية مختلفة المصدر، وذلك استناداً الى مبدأ وحدة الدستور **Unité de la constitution** الذى يرتب نوعاً من المساواة بين مختلف القواعد والمبادئ الدستورية الموجودة بالوثيقة الدستورية أو التى استخلصها القاضى الدستورى من خلال تفسيره لنصوص الدستور ذاته. وذلك دون تعويل على اختلاف الأسلوب الذى صيغت بمقتضاه القواعد والمبادئ الدستورية. أو على اختلاف الحقبة الزمنية التى صيغت خلالها تلك القواعد وهذه المبادئ[1].

والى جانب مبدأ وحدة الدستور الذى يستند إليه أنصار هذا الرأى للقول بعدم إمكانية وجود تدرج شكلى بين القواعد الدستورية. ذهب بعض هؤلاء الفقهاء إلى القول بأن هذا النوع من التدرج من شأنه أن يؤدى إلى

---

[1] راجع فى ذلك:

- جورج فيدل، مكانة إعلان ١٧٨٩ فى المجموعة الدستورية، المرجع السابق، ص٥٢ وما بعدها.
- **Louis FAVOREU, les libertés protégées par le conseil constitutionnel, in "la cour européenne des droits de l'Homme et le conseil constitutionnel" Actes du colloque des 20-21 Janvier 19[illegible], montpelliér, PP. 37.**
- **J-L MESTRE, le conseil constitutionnel. la liberté d'entreprendre et la propriété, D. 1984, Chro. I, PP. 1 et ss.**

نسبية القيمة القانونية التى تتمتع بها القواعد الدستورية؛ بمعنى أن اكتساب هذه القاعدة للصفة الدستورية لن يكون له نفس الأثر بالنسبة للقيمة القانونية التى تمثلها كل طائفة من القواعد التى تتحد فى المصدر؛ فطائفة من هذه القواعد قد تتمتع بقيمة فوق دستورية وطائفة ثانية قد تتمتع بقيمة دستورية فقط وطائفة ثالثة قد تكتسب قيمة فوق تشريعية **supra-legislative** فقط. بل إن القاعدة الواحدة قد يكون لها قيمة قانونية فى وقت معين ثم تفقدها فى وقت لاحق[(١)].

والواقع أن الرأى القائل بعدم وجود تدرج شكلى بين القواعد الدستورية قد لاقى قبولاً واسعاً فى قضاء المحاكم الدستورية، وذلك من خلال تحديد هذه المحاكم لمحتوى "المجموعة الدستورية **bloc de constitutionnalité**، أى مجموعة القواعد والمبادئ ذات القيمة الدستورية التى تتخذ منها مرجعاً لها فى الرقابة على دستورية التشريعات.

وعلى الرغم من اختلاف هذه القواعد والمبادئ الدستورية من حيث المصدر إلا أنه يجمعها رابط هام وهى أنها تتساوى جميعها من حيث القيمة، وتشكل كل واحدة منها لبنه فى بناء واحد هو مرجعية القاضى الدستورى فى الرقابة على دستورية القوانين.

وفى القضاء الدستورى الفرنسى، تتكون المجموعة الدستورية علاوة على القواعد المدونة بالدستور من مجموعة القواعد والمبادئ التالية:

---

(١) راجع فى ذلك:

- جورج فيدل، مكانة إعلان ١٧٨٩ فى المجموعة الدستورية........ المرجع السـابق، ص ٣٥ وما بعدها .
- تيرى دى مانو ، المجلس الدستورى.... المرجع السابق، ص١٥٢.

١- المبادئ الأساسية المعترف بها من قِبَل قوانين الجمهورية[١] Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République .

٢- المبادئ العامة للقانون les principes généraux du droit، والتي يتمتع بعضها بقيمة دستورية[٢].

٣- المبادئ المسايرة لروح العصر[٣]. Les principes particulièrement necessarieres à notre temps، وهي مجموعة من المبادئ أشارت إليها بصورة عامة مقدمة دستور ١٩٤٦، وكذلك بصورة غير مباشرة مقدمة دستور ١٩٥٨ ، وقد أضفى عليها المجلس الدستوري القيمة الدستورية.

وتمثل هذه المجموعات الثلاث من المبادئ ذات القيمة الدستورية -إلى جانب نصوص الدستور- ما يسمى : "المجموعة الدستورية bloc de constitutionnalité، وهي الأساس والمرجعية التي يستند إليها المجلس في مراقبته لدستورية التشريعات بصورة عامة.

---

(١) لمزيد من التفاصيل حول هذه المجموعة من المبادئ، أنظر :

- Jean Rivero, les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, une nouvelle catégorie constitutionnelle. D. 1972. Chron. PP. 265 et SS.(مرجع سالف الذكر)

(٢) لمزيد من التفاصيل حول هذه المجموعة من المبادئ، راجع :

- Benoit JEANNEAU, les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative, thèse, paris, 1956.
- P. Lemire, la jurisprudence du conseil constitutionnel et les principes généraux de droit, mélanges Chalier, 1981. (مرجع سالف الذكر)

(٣) لمزيد من التفاصيل حول هذه المجموعة من المبادئ، انظر :

- M. DEBENE, Le conseil constitutionnel et les principes particulièrement nécessaires à notre temps, A.J.D.A, 1978, PP. 531 et SS.(مرجع سالف الذكر)

وفى القانون المصرى، يبدو أن تعديل المادة الثانية من دستور ١٩٧١ فى ٢٢ مايو ١٩٨٠ لتصبح مبادئ الشريعة الإسلامية "المصدر الرئيسى للتشريع"، بعد أن كانت مجرد "مصدر رئيسى للتشريع"، قد انتقل بتعريف الدستور من المفهوم الشكلى **Conception formelle** إلى المفهوم المادى **Conception materiélle**. ومن نتائج ذلك أن الرقابة على دستورية القوانين فى مصر أصبحت تتم ليس فقط بالرجوع إلى القواعد والمبادئ المدونة فى الدستور، ولكن علاوة على ذلك بالرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية التى أصبحت تكتسب منذ عام ١٩٨٠ قيمة القواعد الدستورية المكتوبة، بل وتعلوها من وجهة نظر بعض الفقهاء[(١)].

وفى العديد من أحكامها عبرت المحكمة الدستورية العليا عن الواقع الجديد لمبادئ الشريعة الإسلامية وما أصبحت تمثله من إضافة إلى مجموعة القواعد المعتبرة مرجعاً لها فى الرقابة على دستورية القوانين. ومن ذلك ما قضت به المحكمة فى حكمها الصادر فى ١٥ مايو ١٩٩٣، فى القضية رقم٧ لسنة ٨ قضائية من أنه: "حيث أن ما نص عليه الدستور فى مادته الثانية -بعد تعديلها فى سنة ١٩٨٠- من أن مبادئ الشريعة الإسلامية هى "المصدر الرئيسى للتشريع" إنما يتمخض عن قيد يجب على السلطة التشريعية

(١) فيما يتعلق بأثر تعديل المادة الثانية من دستور **١٩٧١** فى عام **١٩٨٠** على القيمة القانونية لمبادئ الشريعة الإسلامية، راجع على وجه الخصوص:

- دكتور صوفى أبو طالب، تطبيق الشريعة الإسلامية فى البلاد العربية، دار النهضة العربية. الطبعة الثالثة، ١٩٨٧، ص ١٣.
- دكتور عادل عمر شريف ،قضاء الدستورية، المرجع السابق، ص ٢١٨وما بعدها.

التزامه فى التشريعات الصادرة بعد العمل بالتعديل الدستورى المشار إليه..... فلا يجوز لنص تشريعى أن يناقض الأحكام الشرعية القطعية فى ثبوتها ودلالتها، باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هى التى يكون الاجتهاد فيها ممتنعاً لأنها تمثل من الشريعة الإسلامية مبادئها الكلية وأصولها الثابتة التى لا تحتمل تأويلاً أو تبديلاً، ومن غير المتصور بالتالى أن يتغير مفهومها تبعاً لتغير الزمان والمكان، إذ هى عصية على التعديل ولا يجوز الخروج عليها أو الالتواء بها عن معناها، وتقتصر ولاية المحكمة الدستورية فى شأنها على مراقبة التقيد بها وتغليبها على كل قاعدة قانونية تعارضها، ذلك أن المادة الثانية من الدستور تقدم على هذه القواعد أحكام الشريعة الإسلامية فى أصولها ومبادئها الكلية، إذ هى إطارها العام وركائزها الأصلية التى تفرض متطلباتها دوماً بما يحول دون إقرار أية قاعدة قانونية على خلافها"[1].

---

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم ٧ لسنة ٨ قضائية دستورية الصادر فى ١٩٩٣/٥/١٥، مجموعة أحكام المحكمة، الجزء الخامس، المجلد الثانى، ص٢٦٠.
وراجع كذلك:
- حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ١٢ لسنة ٤ قضائية الصادر فى ١٩٩٢/٩/٥، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء الخامس، المجلد الثانى، ص٤٠.
- حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ٢٩ لسنة ١١ قضائية الصادر فى ١٩٩٤/٣/٢٦، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء السادس، ص٣٢١.

المطلب الثانى: التسليم بوجود تدرج مادى بين القواعد الدستورية.

إذا كانت مسألة وجود تدرج شكلى بين القواعد الدستورية قد حسمت لصالح الرأى القائل بعدم إمكانية وجود هذا التدرج نظراً لوحدة مصدر هذه القواعد وإن اختلفت أساليب وأزمنة إخراجها إلى حيز الوجود. فإن فقه القانون الدستورى مؤيداً بقضاء المحاكم الدستورية يبدو متفقاً تقريباً على إمكانية وجود تدرج مادى بين القواعد الدستورية. بمعنى وجود تفاوت فى القيمة التى تعبر عنها هذه القواعد دون أن يؤدى ذلك إلى تقسيمها إلى قواعد دستورية عادية من ناحية وقواعد فوق دستورية من ناحية أخرى.

وقد صيغت فكرة التدرج المادى بين القواعد الدستورية استناداً إلى قراءة متأنية لنصوص الدساتير وما تعبر عنه من اختلاف فى درجة الحماية الدستورية للموضوعات التى تعالجها، وذلك لتبرير تصدى القاضى الدستورى لإثارة بعض الدفوع المتعلقة بالنظام العام فى إطار الدعوى الدستورية إمعاناً فى تأكيد الحماية الدستورية التى فرضها المشرع الدستورى لموضوعات معينة بالذات.

وفيما يلى سوف نعرض لماهية التدرج المادى بين القواعد الدستورية، حتى يتسنى لنا بعد ذلك أن نرى كيف يمكن لهذا التدرج أن يؤدى إلى القبول بإمكانية وجود بعض المسائل المتعلقة بالنظام العام فى القانون الدستورى دون أن يؤدى ذلك إلى إهدار مبدأ وحدة الدستور .

وسيكون ذلك فى فرعين متتاليين على النحو التالى:

الفرع الأول : ماهية التدرج المادى بين القواعد الدستورية.

الفرع الثانى: التدرج المادى بين القواعد الدستورية وفكرة الدفوع المتعلقة بالنظام العام فى القضاء الدستورى.

الفرع الأول: ماهية التدرج المادى بين القواعد الدستورية.

أثيرت مسألة التدرج المادى بين القواعد الدستورية فى إطار السعى الحثيث من جانب فقهاء القانون العام فى أوروبا لمحاولة ضمان أكبر قدر ممكن من الحماية الدستورية للحقوق والحريات من ناحية ومن ناحية أخرى الحفاظ على بعض المفاهيم السياسية والدستورية والاجتماعية التى أثبتت نوعاً من الفعالية وأرتضها الشعوب طواعية كالحفاظ على شكل معين لنظام الحكم وتلافى التحولات الجذرية المفاجئة فى أساليب إدارة المجتمع والدولة. وقد حازت مسألة التدرج تلك على اهتمام قطاع عريض من فقهاء القانون العام فرادى ومجتمعين. وكان من أهم المحاولات الجماعية فى هذا الشأن المؤتمر الثامن للمحاكم الدستورية الأوروبية المنعقد فى مدينة "أنقرة" بتركيا فى الفترة من ٧ إلى ١٠ مايو ١٩٩٠، تحت عنوان "تدرج القواعد الدستورية ودورة فى حماية الحقوق الأساسية"(١).

وكان الفقيه الفرنسى "برونو جينيفوا" Bruno GENEVOIS، المستشار بمجلس الدولة الفرنسى أول من طرح فكرة وجود تدرج مادى بين القواعد الدستورية خلال مداخلة شفوية فى إطار ندوة عقدت بمدينة باريس فى ١٩٨٨ تحت عنوان: "إعلان حقوق الإنسان والمواطن فى القضاء"(٢). ثم قام بتطوير هذه الفكرة فى تاريخ لاحق من خلال دراسة له بالاشتراك مع فقيهين آخرين هما "مشيل جنتو" MICHEL GENTOT وفرانسوا إكزافيه Frnçois XAVIER نشرت بمجلة مجلس الدولة

---

(١) VIII[ème] Conférence des cours constitutionnelle européennes: Ankara, 7-10 mai 1990. “la hiérarchie des Normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux, A.I.J.C, Vol. VI, 1990, PP. 15 et ss.(مرجع سالف الذكر)

(٢) Bruno GENEVOIS, intervention orale au colloque sur "la déclaration des droits de l’Homme et du citoyen dans la jurisprudence", paris. P.U.F. 1989, PP65-66.

الفرنسي بعنوان "تأثير أفكار ومبادئ إعلان حقوق ١٧٨٩ في قضاء مجلس الدولة والمجلس الدستوري"[١].

ثم قام السيد "برونو جينيفوا" بعرض فكرة التدرج المادي بصورة أكثر تفصيلاً من خلال بحث تقدم به في عام ١٩٩٠ بالاشتراك مع "روبير بادينتير" **Robert BADINTER** رئيس المجلس الدستوري في ذلك الحين إلى المؤتمر الثامن للمحاكم الدستورية الأوروبية المنعقد في الفترة ما بين ٧ و ١٠ مايو ١٩٩٠ بمدينة أنقرة بتركيا حول "تدرج القواعد الدستورية ودوره في حماية الحقوق الأساسية والذي سبقت الإشارة إليه"[٢].

ثم انضم إلى وجهة النظر القائلة بوجود تدرج مادي بين القواعد الدستورية مجموعة أخرى من الفقهاء الفرنسيين والأوروبيين في محاولة منهم لاستخدام هذه الفكرة في تقديم أكبر قدر ممكن من الحماية للحقوق والحريات الأساسية، وبغرض السماح للقاضي الدستوري بإدانة حالات امتناع المشرع عن التدخل لوضع الحقوق الأساسية موضع التطبيق خصوصاً مجموعة الحقوق الحريات الجديدة مثل الحقوق والحريات ذات الطابع الاجتماعي والاقتصادي والتي من شأنها خلق ظروف أفضل للفرد في مجالات العمل، والصحة، والأسرة، والبيئة... الخ. والتي طالما ساد الاعتقاد بأن إشباعها غير ناتج عن التزام دستوري محدد مفروض على المشرع، وأن التزام هذا الأخير بصددها لا يخرج عن كونه التزاماً ببذل عناية وليس التزاماً بتحقيق نتيجة.

---

(١) **Bruno GENEVOIS, Francois XAVIER et M. GENTOT, la marque des idées et principes dans la jurisprudence du conseil d'Etat et du conseil, constitutionnel, E.D.C.E, No 40, 1988, P. 181.**

(٢) سبقت الإشارة إلى هذا المؤتمر، راجع بحث الأستاذان: برونو جنيفوا وروبر بادنتير، منشور في الحولية الدولية للقضاء الدستوري، (A.I.J.C)، ١٩٩٠، ص١٣٣ وما بعدها.

والمعلوم أن هذه الحقوق والحريات تجسد اتجاهاً عاماً فى الديمقراطيات الغربية نحو الانتقال من مجال المساواة النظرية أو المساواة القانونية الى مجال المساواة المادية أو الفعلية[١].

وقد ذهب هؤلاء الفقهاء إلى القول بأنه مع التسليم بأن الحقوق والحريات الأساسية التى تضمنتها النصوص الدستورية تتمتع جميعها بالقيمة الدستورية فأنها لا تتمتع بنفس الدرجة من الحماية[٢]؛ وعلى حد قول أحدهم فإن من الحقوق الأساسية ما يتمتع بحماية مطلقة **Protection absolue**، ومنها ما يتمتع بحماية "شبه مطلقة" **Protection quasi-absolue**، ومنها ما يتمتع بحماية نسبية **Protection relative**[٣].

وبشأن التدرج بين الحقوق والحريات الأساسية المنصوص عليها فى القواعد والمبادئ الدستورية، قيل بأن وجود هذا التدرج يتوقف على وجود مجموعة من العناصر تتصل بدرجة دقة وتحديد النص الذى يعالج الحق. وما إذا كان يسمح بإدخال بعض الاستثناءات على ممارسة الحق ذاته، وبدرجة الإجماع على المرتبة التى يحتلها الحق بين قائمة الحقوق والحريات الأساسية وكذلك بحجم الرقابة التى يمارسها القضاء على الأعمال القانونية من

---

(١) ومن هؤلاء الفقهاء راجع على وجه الخصوص :

M. DELMAS-MARTY, légalité pénale et preéminence du droit selon la convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, melanges André VITU, paris, Cujas 1989, pp. 155 et ss.

هذا بالإضافة إلى من قالوا بوجود التدرج الشكلى من الفقهاء والذين سبقت الإشارة إليهم، فى النقطة الخاصة بذلك.

(٢) راجع فى ذلك:

- برونو جينيقوا فى مداخلته الشفوية أمام ندوة إعلان حقوق الإنسان والمواطن فى القضاء، مرجع سابف الذكر، ص٦٦.
- برينو جينيفوا، فرانسوا إكزافييه، وميشيل جنتو، الدراسة سالفة الذكر ص١٨٢.

(٣) مدام دلماس مارتى، المرجع السابق، ص١٥٥-١٦٦.

التشريعات واللوائح التى تنظم هذا الحق أو تضعه موضع التنفيذ. وعلى ذلك قيل بإن بعض الحقوق تمتع بحماية أفضل من البعض الآخر، فالحماية المقررة للحرية الفردية وحرية الرأى وحرية العقيدة أعلى من تلك المقررة لحرية الاتصالات السمعية والبصرية وحق الملكية وغيرها[1].

وتبعاً لذلك فإن القول بالتدرج المادى بين القواعد والمبادئ ذات القيمة الدستورية لا يتنافى مع رفض أى شكل من أشكال التدرج الشكلى بين هذه القواعد، حيث تتساوى مصادر القواعد الدستورية فى القيمة، بينما التدرج المادى لا يعنى سوى أن بعض القواعد الدستورية مقرر لها حماية أفضل من البعض الآخر.

ولإيضاح ذلك، قيل بأن التدرج المادى المقصود ليس من قبيل التدرج المعروف بين مختلف طوائف القواعد القانونية داخل النظام القانونى الواحد، والذى من شأنه أن يؤدى إلى انزواء القاعدة الأقل فى المرتبة أمام القاعدة الأعلى فى حالة التعارض بينهما. حيث لا يتصور وجود هذه العلاقة بين القواعد الدستورية؛ ففى إطار التدرج العادى بين القواعد القانونية مختلفة المصدر والطبيعة يجد القاضى الدستورى نفسه مضطراً إلى إعلاء القاعدة الأعلى، أما فى إطار التدرج المادى بين القواعد الدستورية فإن القاضى الدستورى ذاته هو الذى يوازن بين محتوى نصين أو مبدأين من النصوص أو المبادئ الدستورية التى يوجد بينها نوع من التعارض لاختيار أحدهما لحسم المسألة المعروضة عليه دون الأخرى، ولكن دون أن يكون من شأن ذلك

---

(١) راجع فى ذلك :

- برونو جينيفوا ، فرانسوا إكزافييه، وميشيل جنتو، الدراسة سالفة الذكر ص١٨١
- روبير بادينتير وبرينو جينيفوا، الدراسة سالفة الذكر ص١٤٢ وما بعدها.

إضفاء قيمة فوق دستورية على الأولى ولا نفى القيمة الدستورية عن الثانية[١].

وكما لاقت فكرة التدرج الشكلي بين القواعد الدستورية أنصار في الفقه المصري كما سبق القول، فإن فكرة التدرج المادى قد وجدت كذلك من يدافع عنها في مصر؛ بل إن من الفقهاء المصريين من نادى بهذه الفكرة منذ بداية النصف الثاني من القرن العشرين وقبل أن تُطرح أصلاً في الفقه الغربي.

ففي عام ١٩٥٢، ذهب المرحوم الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري إلى تقسيم القواعد الدستورية الإجرائية إلى قواعد جوهرية من شأن عدم اتباعها أثناء إقرار التشريع تقرير البطلان، وأخرى غير جوهرية لا يترتب على الإخلال بها بطلان التشريع كجزاء على إهدار الشكل المقرر دستورياً، على اعتبار أن القواعد الجوهرية هي تلك التي أفصح الدستور عن أهميتها وضرورتها عن طريق ترتيب البطلان كجزاء على مخالفتها. وهي كذلك القواعد التي تقرر أحكاماً واجبة الاتباع، بحيث يؤدى إغفالها إلى تفويت ضمانه هامة يتطلبها التعمق والجدية في العملية التشريعية ومن أمثلة القواعد الجوهرية ضرورة الموافقة البرلمانية على التشريع بالأغلبية المطلوبة

---

(١) راجع في تفاصيل ذلك.

- **Louis FAVOREU, le droit constitutionnel jurisprudentiel, R.D.P. 1986, PP. 491, et ss.**
- **Louis FAVOREU, la jurisprudence du conseil constitutionnel et le droit de propreté proclamé par la déclaration de 1789, in "la déclaration des droits de l'Homme et la jurisprudence, ouvrage collectif, paris, P.U.F. 1989, P.P 66 et ss.**

دستورياً، أما القواعد غير الجوهرية فمثالها إحالة مشروع القانون المقدم من أحد الأعضاء، إلى لجنة الموضوع مباشرة دون المرور بلجنة المقترحات[١].

غير أن جانباً آخر من الفقه انتقد هذا المذهب بدعوى أن: "مؤدى هذا التمييز أن القواعد الدستورية تتفاوت في الأهمية فيما بينها من حيث الدرجة والمرتبة بحيث تصير القواعد الواردة في الدستور الواحد متباينة. فبعضها تكون له أهمية تعلو على أهمية البعض الآخر. ومثل هذه النتيجة لا يمكن قبولها أو التسليم بها. ذلك أن القواعد الدستورية جميعها سواء في أهميتها وفي تقدير المشرع الدستوري لضرورتها، إذ لو كان لبعض هذه القواعد أهمية تقل عن أهمية البعض الآخر لما عني المشرع الدستوري بإدراجها في الوثيقة الدستورية ذاتها التي تمثل القواعد الواردة فيها مرتبة الصدارة بالنسبة لغيرها من القواعد الواردة في الأدوات القانونية الأخرى "[٢]. وعلى ذلك فالتدرج بين القواعد الدستورية يبدو "أمراً لا يمكن التسليم به بحال ذلك أن الوثيقة الدستورية انبثقت عن سلطة واحدة هي السلطة المؤسسة وهي تعطي جميع أحكامها قيمة واحدة ومرتبة واحدة"[٣].

والواقع أن هذا القول يبدو متأثراً بالمفهوم الشكلي للدستور، وهو المفهوم السائد في القانون المصري والذي بدأ مع ذلك يفسح مجالاً للمفهوم

---

(١) دكتور عبدالرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مجلة مجلس الدولة، السنة الثالثة، يناير ١٩٥٢، ص ٣٢ وما بعدها.
وراجع في هذا الصدد، دكتور عادل عمر شريف، المرجع السابق، ص ٣٣٤، وما بعدها.

(٢) دكتور عادل عمر شريف، المرجع السابق، ص ٣٣٨.

(٣) دكتور عادل عمر شريف، المرجع السابق ص ٣٤٠.
وراجع كذلك دكتور رمزي الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، المرجع السابق، ص ٢١٣، حيث يذهب إلى القول بأنه "لا يتصور أن نقسم ما ورد في الدستور من قواعد إلى نوعين أحدهما يأخذ مرتبة أعلى من الآخر"

الموضوعي بعد الاعتراف لقواعد الشريعة الإسلامية بقيمة دستورية بموجب المادة الثانية من دستور١٩٧١-كما سبق ورأينا-[١].

وتلك الحجة يمكن التسليم بها للقول بعدم وجود تدرج شكلي بين القواعد الدستورية حتى ولو اختلفت في المصدر كما سبق ورأينا، ولكنها تعد قليلة الأهمية في ظل نظام دستوري يقوم على المفهوم الموضوعي للدستور وتتعدد فيه بالتالي مصادر القواعد الدستورية مع دخول كل هذه القواعد في إطار "المجموعة الدستورية" أو مجموعة القواعد التي يتخذ منها المشرع والقاضي الدستوري مرجعاً لهما في التشريع أو في الرقابة عل دستورية القوانين.

ففي ظل نظام دستوري من هذا النوع من المتصور.-كما سبق ورأينا-[٢]. أن يقوم القاضي الدستوري بتقديم بعض القواعد الدستورية على البعض الأخر في حالة وجود تعارض بينها. كما أن من القواعد الدستورية ما تعتبر قواعد قانونية بالمعنى الصحيح وتنشئ مراكز قانونية محددة وواضحة ومنها ما يكتفي بصياغات عامة لا نكاد تكشف عن آثار قانونية محددة. بمعنى آخر يمكن القول بإن من نصوص الدستور ما يلقي على عاتق المشرع التزاماً بتحقيق نتيجة معينة ومثال ذلك ما تنص عليه المادة ٥٣ من دستور ١٩٧١ من أن "تسليم اللاجئين السياسيين محظور". وما تنص عليه المادة ٥١ من ذات الدستور من أن "لا يجوز إبعاد أي مواطن عن البلاد أو منعه من العودة إليها". ومنها ما يلقي على عاتق المشرع مجرد التزام ببذل عناية ومثال ذلك ما تنص عليه المادة ٧ من الدستور من أن "يقوم المجتمع على التضامن الاجتماعي". وما تنص عليه المادة١٦ من أن "تكفل الدولة الخدمات الثقافية والاجتماعية والصحية، وتعمل بوجه خاص على توفيرها للقرية في يسر

---

(١) راجع ما سبق بشأن التدرج الشكلي بين القواعد الدستورية.

(٢) راجع ما سبق بمقدمة هذا الفصل.

وانتظام رفعاً لمستواها" . ومثال ذلك كذلك معظم ما احتواه الفصل الأول من الباب الثانى من الدستور (المواد من ٧ إلى ٢٢) تحت عنوان "المقومات الاجتماعية للمجتمع .

ووجه الاختلاف بين النصوص التقريرية والنصوص التوجيهية يكمن فى أن الأولى يجب أن تطبق فوراً ويستطيع الأفراد الاحتجاج بها بصورة مباشرة ودون انتظار تدخل المشرع لتسهيل وضعها موضع التطبيق. أما الثانية فهى نصوص غير محددة، ولذلك فلن يستطيع الأفراد الاحتجاج بما جاء فيها بصورة مباشرة بل لابد من تدخل البرلمان لتسهيل وضع محتواها موضع التطبيق [1].

كما ذهب بعض الفقهاء المصريين إلى أن ما يُشكل فى إعلانات الحقوق قواعد قانونية بالمعنى الصحيح وينشئ بالتالى مراكز قانونية محددة وواضحة بحيث يختلف عن بقية المبادئ التى هى مجرد آمال ومثل عليا وعقائد فلسفية يعتنقها واضعوها، يمكن أن يأخذ مرتبة أعلى من الوثيقة الدستورية، لابد أن يلتزم بها القاضى الدستورى ذاته، بحيث يؤدى ذلك إلى وجود ثلاث

راجع فى تفصيل الفرق بين القواعد الدستورية التقريرية والقواعد الدستورية التوجيهية:
الدكتور [illegible]ى ابو زيد فهمى، الوجيز فى القانون الدستورى والنظم السياسية١٩٩٩، مرجع سابق الذكر، ص ٢٩٩ وما بعدها.

ومع ذلك فقد ذهب بعض الفقهاء إلى خلاف ذلك، ومثال ذلك ما قال به الأستاذ الدكتور أحمد فتحى سرور من أن "الدستور يحتوى إما على نصوص محدده، أو على مجموعة من المبادئ. ولا يجوز التمييز بين الأثنين من حيث الرقابة الدستورية، فالاختلاف بين الاثنين لا يحول دون بحث العلاقة الدستورية بين القاعدة التشريعية أو استخلاص القاعدة مع المبدأ الدستورى، حتى يمكن تحديد العلاقة بين أمرين من جنس واحد" . راجع الحماية الدستورية للحقوق والحريات ... المرجع السابق، ص ٢١٦.

ونحن نُسلم بما ذهب اليه الأستاذ الدكتور أحمد فتحى سرور من إمكانية قيام القاضى الدستورى باستخلاص قواعد دستورية دقيقة من المبادئ الدستورية العامة، ولكننا لا نتفق مع سيادته فى المساواة الكاملة –من الناحية الموضوعية– بين ما يحتويه الدستور من قواعد قانونية موضوعية وما يعلن عنه من مبادئ ليست لها هذه الصفة.

درجات من القواعد القانونية: إعلانات الحقوق، والوثائق الدستورية، والقوانين العادية[١].

هذا فضلاً عن أن الدساتير المصرية قد أقرت صراحة تارة وضمنا تارة أخرى عدم إمكانية تعديل بعض أحكامها، ويعد هذا قبولاً بفكرة التدرج المادى بين القواعد الدستورية، وتأكيداً على فكرة النظام العام الدستورى التى من شأنها المغايرة بين القواعد الدستورية من حيث القيمة التى تعبر عنها، وهو الشيء الذى أقرته صراحة العديد من الدساتير المقارنة عندما استثنت العديد من أحكامها من مبدأ التعديل[٢].

ولذلك نرى أن فكرة التدرج المادى بين القواعد الدستورية موجودة فى مصر كذلك وإن كانت لا ترتب نتائج مماثلة لما ترتبه فى بعض القوانين الأخرى، وعلى وجه الخصوص على الصعيد الإجرائى فى مجال الدعوى الدستورية؛ فسوف نرى أن تلك الفكرة قد اتخذت فى النظم القانونية الأوربية أساساً لفكرة الدفوع المتعلقة بالنظام العام فى القضاء الدستورى، بما يسمح للقاضى الدستورى بالتصدى لحالات انتهاك بعض أحكام الدستور التى يراها تتعلق أكثر من غيرها بالنظام العام الدستورى حتى ولو لم يطلب إليه الخصوم ذلك، وحتى لو لم يكن للخصوم مصلحة ذاتية فى إثارة مثل هذه الدفوع، ويعود ذلك إلى سوغ الصفة العينية للدعوى

---

(١) د. رمزى الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستورى، المرجع السابق، ص ٢١٠ -٢١١، مع ملاحظة أن سيادته ذهب، كما رأينا ونحن بصدد الحديث عن فكرة التدرج الشكلى فى الفقه المصرى، الى عدم إمكانية وجود تدرج بين مجموعة القواعد الدستورية التى تضمها وثيقة واحدة كالوثيقة الدستورية، كما أن سيادته من أنصار عدم الإقرار بوجود تدرج مادى بين القواعد التى تحتويها الوثيقة الدستورية. أما فى حالة تعدد مصادر القاعدة الدستورية فإنه يسلم ضمنا بإمكان وجود تدرج مادى بين القواعد الدستورية. حيث يأتى الدستور المكتوب من وجهة نظره بعد إعلانات الحقوق.

(٢) لنا عودة الى الحديث عن هذا الموضوع عند تناولنا بالدراسة لتجليات فكرة النظام العام الدستورى على مستوى نصوص الدساتير الحديثة.

الدستورية. أما فى مصر، فرغم اتفاق الفقه والقضاء على تعلق الدفع بعدم الدستورية بالنظام العام، إلا أن تصدى المحكمة الدستورية ذاتها لبحث دستورية أى نص فى قانون أو لائحة يدور -من حيث المبدأ- وجوداً وعدماً بموضوع الدعوى الدستورية، ويرتبط بمدى الضرر الواقع على رافع الدعوى من جراء عدم دستورية النصوص التى تتصدى لها المحكمة من تلقاء نفسها. وهذا يعنى أن القضاء الدستورى المصرى يعتمد مفهوماً ضيقاً لعينية الدعوى الدستورية، أو أن الدعوى الدستورية فى مصر هى أقرب إلى الشخصية منها إلى العينية[1].

الفرع الثانى: التدرج المادى بين القواعد الدستورية وفكرة الدفوع المتعلقة بالنظام العام الدستورى.

كان أنصار فكرة التدرج المادى بين القواعد الدستورية قد أرادوا من خلالها أن يبرهنوا على أن بعض الحقوق والحريات تتمتع بنوع من الحماية أكثر مما يتمتع به البعض الآخر. إلا أن هذه الفكرة قد كُتب لها فيما بعد -خصوصاً بعد شرح وتوضيح أبعادها الرئيسية- أن تُستخدم للقول بأن بعض القواعد والمبادئ الدستورية الموضوعية والإجرائية على السواء هى من الأهمية والخطورة بحيث إذا وجد القاضى الدستورى انتهاكاً لها بمناسبة دعوى معروضة عليه وجب عليه أن يتصدى من تلقاء نفسه لإثارة مسألة عدم دستورية النصوص التى تخالفها حتى ولو لم يُطلب إليه ذلك فى عريضة

[1] راجع ما سبق بمقدمة هذا الفصل، وراجع كذلك ما سبق بخصوص الحديث عن فكرة الدفوع المتعلقة بالنظام العام، وما سيأتى عن أثر النظام العام الدستورى على تناول القاضى الدستورى للدعوى الدستورية.

الدعوى، بحيث يقترب في ذلك من القاضي العادي والقاضي الإداري اللذين يتصديان -كما رأينا- لإثارة الدفوع المتعلقة بالنظام العام وإلا صدرت أحكامهما مخالفة للقانون[١].

وكان بعض الفقه قد أبدى تخوفه من لجوء القاضي الدستوري إلى هذا الأسلوب في إطار الدعوى الدستورية، نظراً لأن من شأن ذلك أن يؤدي إلى إقامة نوعٍ من المشروعية الدستورية العليا **Supra-constitutionnalité**، من حيث تقسيم القواعد الدستورية إلى قواعد تتعلق بالنظام العام وأخرى ليست كذلك[٢].

إلا أن جانباً من الفقه قد ذهب بحق إلى أنه لا محل لهذا التخوف لأن الأمر لا يتعلق بمحاولة إيجاد هذه التفرقة بين القواعد الدستورية، وإنما بإضفاء نوع متميز من الحماية على بعض القواعد والمبادئ الدستورية — الموضوعية والإجرائية- التي قد لا يتمتع بها بعض المبادئ والقواعد الأخرى مع احتفاظها بمكانتها كقواعد ومبادئ ذات قيمة دستورية. كما أن من شأن إضفاء هذا النوع من الحماية أن يؤدي إلى استبدال السلطة التقديرية للقاضي الدستوري -التي طالما أزعجت المشرعين وأثارت تخوف الفقه من شبح حكومة القضاة: **Le spectre du gouvernement des juges**[٣]

---

[١] تيري دي مانو، المجلس الدستوري، المرجع السابق، ص١٧٠.

[٢] **Guy BRAIBANT, les actes du colloque sur "la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen et la jurisprudence", op-cit, P. 65.**

[٣] راجع بشأن موضع حكومة القضاة بصفة عامة:

- **Edward LAMBERT, gouvernement des Juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis paris, 1921.**

بنظرية النظام العام الدستورى **ordre public constitutionnel** التي من شأنها إزالة التخوف من تجاوز القاضي الدستوري لسلطته في التفسير عن طريق اتباع منهج قانوني يمكنّه من الحفاظ على القواعد الدستورية في إطار فكرة المصلحة العامة تماماً كما يفعل القاضى الإدارى مبتدع نظرية الدفوع المتعلقة بالنظام العام فى ميدان الإجراءات أمام القضاء الإدارى [١].

والواقع أن إضفاء حماية خاصة على بعض القواعد الدستورية الموضوعية ليس بالشيء الغريب على الدساتير المعاصرة، فبعضها ينص على عدم إمكانية تعديل نصوص تعالج مسائل معينة كتلك المتعلقة بشكل النظام السياسى فى الدولة وبتوجهاتها السياسية والاقتصادية والاجتماعية، والبعض الآخر يعلن أن بعض الحقوق التى تقررها غير قابلة للمساس إلا إذا كان الغرض من ذلك هو زيادة تمكين التمتع بها [٢].

---

[١] راجع فى تفاصيل ذلك:
- تيرى دى مانو، المجلس الدستورى ، والطلبات والدفوع المتعلقة بالنظام العام، مرجع سابق، ص١٧٠.
- **Georges SCHMIHER, l'incompétence Négative du législateur et des autorités administratives, A.I.J.C, 1989, P. 155.**

[٢] سنعود إلى الحديث عن هذا الموضوع، عند تناولنا لمسألة القيود الموضوعية المفروضة على سلطة تعديل الدستور.

المبحث الثانى

تجليات فكرة النظام العام الدستورى لنصوص الدساتير الحديثة: الحدود الإجرائية والموضوعية المفروضة على السلطة التأسيسية المشتقة

تتدرج القواعد القانونية فى النظام القانونى لكل دولة بحسب قوتها: فعلى قمة الهرم التشريعى تقبع القواعد الدستورية ، وتليها القواعد التشريعية أى القوانين العادية، ثم التشريعات الفرعية.

وإذا كانت السلطة التنفيذية هى المختصة بوضع التشريعات الفرعية، والسلطة التشريعة (برلمان الدولة) هى المختصة بوضع التشريعات العادية، فإن السلطة التأسيسية Pouvoir constituant هى المختصة بوضع القواعد الدستورية.

والقواعد الدستورية قد يتم وضعها لأول مرة فى صورة دستور جديد للدولة، وذلك فى أعقاب قيام الدولة ذاتها أو في حالة تغيير نظام الحكم في دولة قائمة على أثر ثورة أو انقلاب دولة أو على إثر تحول في توجهات النظام السياسي السائد فيها. وفي هذه الحالات تسمى سلطة وضع الدستور "السلطة التأسيسية الأصلية" pouvoir constituent originaire . وقد يكون المقصود من وضع القواعد الدستورية هو تعديل دستور قائم بإضافة بعض الأحكام إليه أو حذف بعض أحكامه، وهنا فإن السلطة التى تملك وضع مثل هذه القواعد تسمي "السلطة التأسيسية المشتقة" Pouvoir constituant dérivé أو "سلطة تعديل الدستور" pouvoir de révision de la constitution.

وهكذا يثور الحديث عن "السلطة التأسيسية الأصلية" إذا كنا بمناسبة وضع دستور جديد للدولة، ويثور الحديث عن "السلطة التأسيسية المشتقة" بمناسبة تعديل دستور قائم.

والمعروف أن الدساتير تنقسم إلى دساتير مرنه من ناحية ودساتير جامدة من ناحية أخرى؛ والدستور المرن هو الذي يمكن تعديل أحكامه وفقاً للإجراءات المتبعة لتعديل القوانين العادية، أو بمعنى آخر هو الدستور الذي لا يلزم لتعديل أحكامه اتباع إجراءات خاصة. أما الدستور الجامد constitution rigide فهو الدستور الذي لا يمكن تعديل أحكامه إلا باتباع إجراءات خاصة أشد صراحه من الإجراءات المتبعة لتعديل القوانين العادية.

وتنص الدساتير الجامدة عادة على الأسلوب الواجب اتباعه لتعديل أحكامها، أي أنها تنص على كيفية أداء "السلطة التأسيسية المشتقة" لعملها. وهكذا فإذا كانت السلطة التأسيسية المشتقه هي المختصة بتعديل الدستور فإن تشكيلها وأسلوب ممارستها لعملها هي من الأمور الداخلة في اختصاص السلطة التأسيسية الأصلية أي السلطة التي وضعت الدستور وحددت كيفية تعديل أحكامه. ومن هنا جاءت تسمية سلطة تعديل الدستور "بالسلطة المشتقة" أو السلطة المؤسَّسة أو المنشأة pouvoir constitué لكونها من السلطات التي أنشأها الدستور أو أسسها على يد "السلطة التأسيسية الأصلية" وتسمي لذلك السلطة المنشأة pouvoir constituant.

ونظراً لأن سلطة تعديل الدستور سلطة "منشأة" أو "مؤسَّسة" فإنها ذات سلطات محدودة وتمارس مهمتها في إطار ما رسمته لها "السلطة التأسيسية الأصلية" : ومن مظاهر تحديد اختصاصات ومهمة سلطة التعديل أنها ينغبي عليها، وهي بصدد القيام بتعديل الدستور، الحفاظ على خصائص هذا الأخير وعلى أهدافه الرئيسية، بحيث يقتصر دورها على مجرد الحذف منه أو تضمينه الأحكام التي من شأنها أن تحقيق الغرض المطلوب من التعديل دون زيادة. كما لا ينبغي عليها تضمين الدستور بعض الأحكام التي تتعارض معه، أو الحذف منه بصورة تخلق تعارضاً بين أحكامه.

والأهم مما سبق هو أن سلطة تعديل الدستور ينبغي عليها عدم المساس بالأحكام التي تعفيها بعض الدساتير صراحة أو ضمناً من إمكانية التعديل على النحو الذي سنعرض له فيما بعد.

ومما سبق يتضح لنا وجود علاقة معينة بين "السلطة التأسيسية الأصلية" (سلطة وضع الدستور)، و"السلطة التأسيسية المشتقة" (سلطة تعديل الدستور) قوامها وجود نوع من التدرج بين هاتين السلطتين تعلو بمقتضاه الأولى على الثانية، ومن أهم نتائجه عدم دستورية ما تقوم به الثانية (السلطة التأسيسية المشتقة) من أعمال من شأنها انتهاك الحدود التي رسمتها الأولى (السلطة التأسيسية الأصلية) بخصوص تعديل الدستور، وسواء كانت هذه الحدود حدوداً إجرائية أم حدوداً موضوعية.

هذه الحدود تنص عليها الدساتير صراحة، عن طريق فرض ضوابط إجرائية وأخرى موضوعية لابد وأن تلتزم بها سلطة تعديل الدستور. ومع ذلك يبدو أن الدساتير قد تركت أمر حماية هذه الضوابط للرقابة السياسية المتمثلة في تدخلات البرلمانيين وقوى المجتمع المدني في مرحلة إعداد التعديل ومناقشته بالطريقة التي رسمها الدستور، لأنـــه لا يوجد – على حد علمنا – ولو دستور واحد ينص صراحة على إمكانية تدخل القاضي الدستوري لمراقبة مدى التزام الضوابط ا لإجرائية والموضوعية لتعديل الدستور التي وضعتها السلطة التأسيسية.

ولذلك فقد نادى بعض الفقهاء بضرورة تدخل القاضي الدستوري من تلقاء نفسه لبحث مدى دستورية قوانين تعديل الدستور، على اعتبار أن النصوص الدستورية التي تضع الضوابط الإجرائية والموضوعية لتعديل الدستور تتعلق أكثر من غيرها بالنظام العام الدستوري. ومن جانبها فقد

استجابت بعض المحاكم الدستورية لتلك الدعوة الفقهية فارضة رقابتها على دستورية قوانين تعديل الدساتير.

والمتأمل في النصوص المتعلقة بالتعديل الدستوري في الدساتير الحديثة لابد وأن يخلص إلى وجود مجموعة من الضوابط التي تمثل حدوداً ينبغي على سلطة تعديل الدستور (السلطة التأسيسية المشتقة) ألا تتخطاها وهي بصدد القيام بمهمتها في تعديل الدستور.

هذه الضوابط أو الحدود المفروضة على السلطة التأسيسية المشتقة يمكن ردها إلى طائفتين: **الحدود الشكلية** من جهة **والحدود الموضوعية** من جهة أخرى. ونعرض فيما يلي لهاتين الطائفتين من القيود المفروضة على سلطة تعديل الدستور وذلك في مطلبين متتاليين على النحو التالي:

المطلب الأول: الحدود الشكلية والإجرائية.

المطلب الثاني: الحدود الموضوعية.

المطلب الأول: الضوابط الشكلية والإجرائية المفروضة على السلطة التأسيسية المشتقة.

تفرض بعض الدساتير قيوداً إجرائية أو شكلية استثنائية على سلطة تعديل الدستور. تهدف إلى منع هذه الأخيرة من ممارسة عملها في تعديل أي نص من نصوص الدستور في خلال فترة زمنية محددة أو في ظل ظروف معينة، هذه الضوابط تختلف عن الضوابط الإجرائية العادية التي يجب على سلطة تعديل الدستور مراعاتها أثناء ممارسة مهامها، والتي تنص عليها معظم الدساتير نظراً لأهمية النصوص المراد تعديلها إذا ما قيست بنصوص القوانين العادية.

ومما لا شك فيه أن القواعد الدستورية التي تقرر قيوداً استثنائية على سلطة تعديل الدستور تعد من قبيل القواعد الدستورية "الآمرة" imperatives أي التي تكرس فكرة "النظام العام الدستوري"، لأن وجودها في صلب الدساتير يؤدي إلى تعطيل العمل بالنصوص الدستورية المتعلقة بالتعديل الدستوري، وبالتالي فإنها تعلو على هذه الأخيرة، وتحد من حرية سلطة تعديل الدستور، كما أنها تفرض على القاضي الدستوري أن يتحرك ولو من تلقاء نفسه -بمناسبة دعوى مرفوعة أمامه- لإعمال مقتضياتها.

وأمثلة هذا النوع من النصوص الدستورية كثيرة ومتعدد في الدساتير المقارنة.

ففي فرنسا، ينص الدستور الفرنسي الحالي الصادر في عام ١٩٥٨ في الفقرة الرابعة من المادة ٨٩ منه على أنه " لا يمكن السير في إجراءات تعديل الدستور إذا كان هناك اعتداء على سلامة إقليم الدولة"[١].

وكان هذا الحظر قد ورد للمرة الأولى في المادة ٩٤ من دستور١٩٤٦ (دستور الجمهورية الرابعة)، على أثر المحاولة التي قام بها "المارشال"

---

[١] **"Aucune procédure de révision ne peut être engagée lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire".**

در[illegible] البعض على ترجمة هذا النص كالتالي:

" لا يجوز مطلقا عرض التعديل أو السير في إجراءاته إذا كان يمس سلامة الوطن"، وهي ترجمة خاطئة لأنها تعنى عدم جواز التعديل إذا كان سيفضي إلى المساس بتراب الدولة أي بإقليمها. أما المعنى الحقيقي الذي ذهب إليه المشرع الدستوري الفرنسي من وراء هذا النص فهو عدم جواز السير في إجراءات تعديل الدستور مادام إقليم الدولة في حالة اعتداء عليه بطريقة تهدد سلامته من قبل احتلال أو غيره، وهذا ما يفسر اعتماد هذا الحظر للمرة الأولى بالمادة٩٤ من دستور ١٩٤٦ (دستور الجمهورية الرابعة) للرد على كل محاولات مستقبلية لتعديل الدستور في حالة فقدان السيادة الوطنية أو نقصانها، من قبيل المحاولة التي قام بها المارشال الفرنسي **Betain** الموالي لألمانيا [illegible] احتلال جيوشها لفرنسا أثناء الحرب العالمية الثانية، والتي أفضت إلى اعتماد تعديل دس[illegible] بالقانون الدستوري الصادر في ١٠ يوليو ١٩٤٠ والذي انصب على تعديل [illegible] الدستور، كما بينا في المتن.

الفرنسي Betain الموالي لألمانيا أثناء احتلالها لفرنسا خلال الحرب العالمية الثانية، تلك المحاولة التي أفضت إلى تعديل بعض أحكام دستور الجمهورية الثالثة بالقانون الدستوري الصادر في ١٠ يوليو ١٩٤٠. وقد وُضع هذا القيد على سلطة تعديل الدستور (السلطة التأسيسية المشتقة) لسد الطريق أمام أية محاولة مستقبلية من قبيل المحاولة التي قام بها المارشال "بيتان". ولضمان تجميد الأوضاع الدستورية في الدولة إذا كان جزء من إقليمها تحت الاحتلال، لأن احتلال الإقليم ينطوي على نقصان في السيادة، ومن حيث المبدأ لا يمكن اعتماد أية صورة من صور التعبير عن سيادة ناقصة[1].

فضلاً عن ذلك فإن دستور ١٩٥٨ الفرنسي يحتوي على قيد استثنائي آخر على نشاط السلطة التأسيسية المشتقة. ويتمثل هذا القيد فيما نصت عليه المادة السابعة من هذا الدستور من حظر وضع أحكام المادة ٨٩ من الدستور الخاصة بالتعديل الدستوري موضع التطبيق – بمعنى حظر مباشرة أية خطوة من خطوات تعديل الدستور – خلال فترة خلو مركز رئيس الجمهورية لأي سبب من الأسباب، وفي خلال الفترة الفاصلة بين إعلان المجلس الدستوري وجود مانع لدى رئيس الجمهورية يمنعه من مباشرة مهامه بناء على طلب من الحكومة، وانتخاب رئيس جديد وفقاً للإجراءات المتبعة لهذا الغرض[2].

---

(١) راجع في ذلك

- G. LIET-VEAUX: la fraude à la constitution, R.D.P. 1943, P.1040
- Georges BERLIA, la loi constitutionnelle du 10 juillet 1940, R.D.P., 1944, P. 45 et ss.

(٢) راجع في ذلك:

- François GOGUEL, Les institutions politiques Française, cours à l'institut d'études politiques de paris, 1967-1968, P. 672 et ss.

والمتأمل في فلسفة الحظر الذي أورده نص المادة السابعة من الدستور الفرنسي على تعديل الدستور خلال فترة خلو منصب رئيس الجمهورية لابد وأن ينتهي إلى وجاهة الأسباب التي دفعت المشرع الدستوري الفرنسي إلى تبني هذا النص، وهي أسباب تبرر الارتقاء بهذا النص إلى مرتبة أعلى من بقية نصوص الدستور خصوصاً تلك التي يتعطل العمل بها بمقتضى الحظر الذي أورده، ويضمه إلى مجموعه النصوص الدستورية الأخرى المعبرة عن النظام العام الدستوري نظراً لأهمية وخطورة المسائل التي تعالجها إذا ما قيست ببقية المسائل التي تعالجها النصوص الدستورية الأخرى: فرئيس الجمهورية هو رئيس الدولة، وهو يعبر عن إرادة جميع الناخبين الفرنسيين نظراً لانتخابه مباشرة بواسطة الشعب منذ عام ١٩٦٢ (المادة ٦ من دستور ١٩٥٨) —. كما أن المادة الخامسة من الدستور تجعل منه حارساً على أحكام الدستور وضامنا للاستقلال الوطني وسلامة التراب الوطني، وحكماً بين السلطات، وأميناً على احترام فرنسا لتعهداتها الدولية. علاوة على اختصاصات وصلاحيات أخرى عديدة يمارسها رئيس الجمهورية بمقتضى نصوص الدستور الفرنسي. ولذلك لم يكن من المستغرب حظر تعديل الدستور خلال فترة خلو منصب رئيس الجمهورية كما سبق ورأينا.

وإذا كانت المادة السابعة من دستور الجمهورية الخامسة قد حظرت مباشرة أي إجراء من إجراءات تعديل الدستور في حالة خلو منصب رئيس الجمهورية نظراً لأهمية الدور الذي يلعبه هذا الأخير في الحياة السياسية والدستورية في فرنسا، فإن المجلس الدستوري الفرنسي قد استحدث قيداً آخر على سلطة تعديل الدستور يبدو أن المستهدف منه هذه المرة هو رئيس الجمهورية ذاته؛ ففي حكمه الصادر في الثاني من سبتمبر ١٩٩٢[١] انتهى

(١) Décision de conseil continentalité No. 92 – 312 du 2 septembre 1992, R. P. 76.

المجلس الدستوري إلى أن رئيس الجمهورية لا يمكنه – أثناء استخدامه لسلطاته وصلاحياته التي يستمدها من المادة ١٦ من الدستور [١]. – أن يقدم على تعديل الدستور. ومن الجدير بالذكر أن هذا المبدأ الدستوري كان قد أشار إليه مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في الثاني من مارس ١٩٦٢ في قضية Rubin de sevrens et autres [٢].

وهكذا نجد أنفسنا أمام مبدأ دستوري يصب في إطار المبادئ الدستورية المتعلقة بالنظام العام الدستوري، ولا ينتج عن نص دستوري. بل عن اجتهاد القاضي الدستوري واستخدامه لسلطته في التفسير، ومن شأن تطبيق هذا المبدأ تعطيل إعمال نصوص دستورية أخرى هي تلك المتعلقة بتعديل الدستور. وهذا هو السر في تعلق هذا المبدأ بالنظام العام الدستوري، وعلوه في المرتبة على النصوص الدستورية الأخرى التي يمكن أن يدخل معها في علاقة معينة بمناسبة وضعها موضع التنفيذ.

---

(١) تنص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي – التي تقابل المادة ٧٤ من دستور ١٩٧١ في مصر – على أن :

" إذا أصبحت أنظمة الجمهورية أو استقلال الوطن أو سلامة أراضيه أو تنفيذ تعهداته الدولية مهددة بخطر جسيم وحال. ونشأ عن ذلك انقطاع السلطات العامة الدستورية عن مباشرة مهامها كالمعتاد يتخذ رئيس الجمهورية الإجراءات التي تقتضيها هذه الظروف بعد التشاور مع الوزير الأول ورؤساء المجالس والمجالس الدستوري بصفة رسمية.

ويخطر الشعب بذلك برسالة.

ويجب أن يكون الغرض من هذه الإجراءات هو تمكين السلطات العامة الدستورية من القيام بمهمتها في أقرب وقت ممكن.

ويستشار المجلس الدستوري فيما يختص بهذا الإجراءات.

ويجتمع البرلمان بحكم القانون.

ولا يجوز حل الجمعية الوطنية أثناء ممارسة هذه السلطات الاستثنائية".

(٢) **CE, Assemblée, 2 mars 1926, Rubin de sevrens et autres, D, 1962, P. 109, Chronique, G. Morange.**

وفي بلجيكا تقضي المادة ٨٤ من دستور ٧ فبراير ١٨٣١ والمعدلة في ١٣ يوليو ١٩٨٤ بأنه في خلال فترة الوصاية على ملك قاصر la régence لا يمكن تعديل النصوص الدستورية المنظمة لسلطات الملك الدستورية. كما لا يمكن تعديل نصوص المواد من ٦٠ إلى ٦٤ والمواد من ٨٠ إلى ٨٥ من الدستور : وتنظم المواد من ٦٠ إلى ٦٤ حق الأسرة المالكة في عرش البلاد، وإمكانية أن يجمع الملك بين عرش بلجيكا وعرش دولة أخرى، ومبدأ صون الذات الملكية. وعدم مسئولية الملك مع مسئولية أعضاء الحكومة، وقاعدة التوقيع الوزاري المجاور contreseing ministériel. أما المواد من ٨٠ إلى ٨٥ فتنظم المسائل المتعلقة بالسن الواجب بلوغها فيمن يتولى عرش البلاد، وباليمين التي يؤديها الملك عند توليه العرش، وبحالات وشروط الوصاية على العرش.

وعلاوة على ذلك فإن المادة ١٣١ مكرر من الدستور البلجيكي والتي أضيفت إلى هذا الدستور في ١٥ يناير ١٩٦٨، فتقضي بعدم إمكانية تعديل أي نص من نصوص الدستور في أوقات الحرب، وفي حالات استحالة اجتماع مجلسى البرلمان بحرية على أى جزء من التراب الوطني البلجيكي .

ومن الواضع أن المادتين ٨٤، ١٣١ من الدستور البلجيكي تتضمنان قيداً شكلياً على السلطة التأسيسية المشتقة مقتضاه عدم إمكانية تعديل النصوص الدستورية المنظمة للمسائل السابقة الإشارة إليها في خلال فترات زمنية معينة أو في ظروف معنية. ومع ذلك فإن أياً من هاتين المادتين يمكن أن تكون موضعاً للتعديل الدستوري، وهذا ما حدث للمادة ٨٤ في عام

١٩٨٤ والتي عُدلت لفرض قيود شكلية جديدة على سلطة تعديل الدستور[١].

وفي إسبانيا، تنص المادة ١٦٩ من دستور ٢٧ ديسمبر ١٩٧٨ الحالي على أنه " لا يمكن الشروع في تعديل الدستور في أوقات الحرب. أوفي حالة توافر ظرف من الظروف المنصوص عليها في المادة ١١٦ من هذا الدستور ".

والحالات المنصوص عليها في المادة ١١٦ من الدستور هي: حالة الاستنفار العام état d'Alerte التي تعلنها الحكومة لمدة لا تزيد عن خمسة عشر يوماً، وحالة الطوارئ état d'urgence التي تعلنها الحكومة بعد موافقة مجلس البرلمان، وحالة الحصار المسماة عندنا فى مصر بالأحكام العرفية état de siège التي يعلنها مجلسا البرلمان بناء على اقتراح من الحكومة[٢].

وفي اليونان تنص الفقرة السادسة من المادة ١١٠ من الدستور اليوناني الصادر فى ١٩٧٥ الحالي على أنه لا يمكن تعديل أحكام هذا الدستور خلال خمس السنوات التالية على آخر تعديل أُجري على أي نص من نصوصه. علاوة على بعض الضوابط الشكلية والإجرائية الأخرى التي فرضتها المادة

---

(١) راجع لمزيد من التفاصيل:

- COUR D'ARBITOGE BELGE: Rapport belge à la VIIIe Conférence des cours constitutionnelles européennes sur:"la hiérarchie des Normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux", A.I.J.C. 1990, PP.76-77.
- Francis DELPEREE, Anne RASSON et marc VERDOUSSEN, rapport belge à la 10e table ronde internationale des 10-17 septembre 1994 sur la "révision de la constitution et justice constitutionnelle' A.I.J.C. 1994, PP. 35 et ss.

(٢) راجع في ذلك :

- Francisco RUBIO LLORENTE, rapport espagnole à la 10eme table ronde internationale des 16-17 septembre 1994, sur la "révision de la constitution et justice constitutionnelle" A.I.J.C, 1994 , PP. 75 et ss.

١١٠ سالفة الذكر[١]. ومجموعة أخرى من الضوابط الموضوعية التي سوف نعرض لها في حينه.

وفي البرتغال، تفرّق المادة ٢٨٤ من الدستور البرتغالي الصادر في عام ١٩٧٦ بين التعديل العادي لأحكام الدستور والذي يتم بموافقة ثلثي أعضاء مجلس الجمهورية (المجلس التشريعي) من ناحية، والتعديل الاستثنائي من ناحية أخرى والذي يتم بموافقة أربعة أخماس أعضاء ذلك المجلس. وتضع هذه المادة على سلطة تعديل الدستور قيداً شكلياً مقتضاه عدم إمكانية تعديل الدستور خلال السنوات الخمس التالية لآخر تعديل عادي للدستور. ومع ذلك يمكن لمجلس الجمهورية أن يبادر إلى تعديل الدستور دو التقيد بمدة خمس السنوات سالفة الذكر إذا حصل مبدأ التعديل على موافقة أربعة أخماس أعضاء المجلس.

وإلى القيد السابق تضيف المادة ٢٨٩ من الدستور البرتغالي قيداً زمنياً على سلطة تعديل الدستور مقتضاه أنه لا يمكن تعديل أي حكم من أحكام الدستور خلال فترة إعلان حالة الطوارئ "état d'urgence" وحالة الأحكام العرفية أي حالة الحصار "état de siégé"[٢].

وفي مصر تضمنت المادة ١٨٩ من دستور ١٩٧١ الحالي قيداً شكلياً زمنياً بسيطاً مقتضاه أنه إذا رفض مجلس الشعب الموافقة على طلب تعديل الدستور المقدم من رئيس الجمهورية أو من ثلث أعضاء مجلس الشعب. فلا يجوز إعادة طلب تعديل المواد ذاتها قبل مضي سنة على هذا الرفض.

---

(١) راجع في ذلك :

- **Epaminondas SPILIOTOPOULOS, rapport hellénique à la 10eme table ronde internationale de 16-17 septembre 1994 sur la : "Revissions de la constitution et justice constitutionnelle" A.I.J.C, 1994, PP. 119 et ss.**

(٢) **Jorge MIRANDA, Luis Numes DE ALMEIDA et Arminde RIBIRO MENDES: Rapport Portugais à la 10[eme] table ronde internationale des 16-17 septembre 1994 sur la « Révision de la Constitution et Justice constitutionnelle » A.I.J.C, 1994 pp. 206 et ss.**

المطلب الثاني: الحدود الموضوعية المفروضة على السلطة التأسيسية المشتقة.

تمثل الحدود الموضوعية خطوطاً حمراء ينبغي على "السلطة التأسيسية المشتقة" عدم تجاوزها وهي بصدد ممارسة مهمتها في تعديل نصوص الدستور. هذه الخطوط الحمراء تجسدها بعض القواعد والمبادئ الدستورية الموضوعية التي هي على درجة عالية من الأهمية والخطورة من وجهة نظر المشرعين الدستوريين، بحيث يستعصي على سلطة تعديل الدستور المساس بها، وينبغي على القاضي الدستوري أن يعمل على حمايتها من تلقاء نفسه، حتى ولو أدى به ذلك إلى الخروج عن نطاق النزاع المعروض عليه، بل إن بعض المحاكم الدستورية قد تنعقد من تلقاء نفسها للحفاظ على هذا النوع من القواعد والمبادئ الدستورية.

ومن هذه المبادئ ما يتعلق بشكل النظام السياسي في الدولة وبفلسفتها السياسية والاجتماعية، ومنها ما يتعلق ببعض الحقوق والحريات الأساسية.

ونعرض فيما يلي لتفاصيل ما سبق وذلك في فرعين متتاليين على النحو التالي:

الفرع الأول: الحدود الموضوعية المتعلقة بشكل النظام السياسي في الدولة وبفلسفتها السياسية والاجتماعية.

الفرع الثاني: الحدود الموضوعية المتعلقة ببعض الحقوق والحريات الأساسية.

الفرع الأول: الحدود الموضوعية المتعلقة بشكل النظام السياسي في الدولة وبفلسفتها السياسية والاجتماعية.

لا شك أن شكل الحكومة وطبيعة النظام السياسي السائد في الدولة هي من الأمور التي تدخل ضمن دائرة اهتمام الدساتير؛ فإذا انتهت السلطة التأسيسية الأصلية (سلطة وضع الدستور) إلى اعتماد النظام الملكي، أو انتهت إلى اعتماد النظام الجمهوري فإنها ينبغي عليها أن تضمّن دستور الدولة ما يؤكد هذا الاختيار، وغالباً ما تذهب إلى تضمين الدستور ما يضمن حماية النظام الذي اختارته كأساس للحكم، كالنص على عدم قابلية النصوص المنظمة له للتعديل. وبالتالي تجد السلطة التأسيسية المشتقة (سلطة تعديل الدستور) نفسها في مواجهة حد موضوعي مقتضاه عدم قدرتها على تعديل النصوص المنظمة لنظام الحكم في الدولة، وإن هي خالفت فإن على القاضي الدستوري التدخل لإهدار ما فعلت سواء بناء على طلب يقدم إليه بهذا الخصوص أو من تلقاء نفسه.

والحدود الموضوعية من هذا النوع على سلطة تعديل الدستور قررتها دساتير عديدة.

ففي فرنسا تنص الفقرة الخامسة من المادة ٨٩ من دستور ١٩٥٨ الحالي على أنه " لا يجوز أن يكون الشكل الجمهوري للحكومة موضوع تعديل ".

ولهذا النص أصل في التاريخ الدستوري الفرنسي: فقد كان الدستور الفرنسي الصادر في ٤ نوفمبر ١٨٨٤ ينص في مقدمته على أن "الجمهورية" la République هي الشكل النهائي Forme définitive للحكومة في فرنسا. وفي ظل الجمهورية الثالثة (١٨٧٥ — ١٩٤٦) كانت المادة الثانية من القانون

الدستوري الصادر في ١٤ أغسطس ١٨٨٤ تنص على "عدم إمكانية تعديل الشكل الجمهوري للحكومة". وعلى ذات الحظر كانت تنص كذلك المادة ٩٥ من دستور ١٩٤٦ (دستور الجمهورية الرابعة). والحكمة من وراء تلك النصوص كانت بلا شك قناعة المشرع الدستوري الفرنسي (منذ عام ١٨٤٨) بضرورة عدم العودة إلى النظام الملكي في فرنسا.

وفي بيان دلالة النص في الدساتير الفرنسية المتعاقبة منذ عام ١٨٤٨ على عدم إمكانية تعديل النصوص الدستورية التي تقر النظام الجمهوري، ذهب الفقيه الفرنسي الكبير "موريس هوريو" Maurice Hauriou في بدايات القرن الماضي إلى أن النص على إضفاء هذه الحماية الخاصة على النظام الجمهوري إنما يدل على رغبة حقيقية في المباعدة بين الفرنسيين وبين النظام الملكي، ويفضي إلى وجود نوع من "المشروعية الدستورية التي تعلو الدستور المكتوب" Légitimité constitutionnelle placée au dissus de la constitution écrite" (١).

كما ذهب بعض الفقهاء المعاصرين في فرنسا إلى أن قدسية النظام الجمهوري كشكل نهائي للحكومة -كما ذهبت الدساتير الفرنسية المتعاقبة- إنما تنطوي على إضفاء القدسية على مبادئ أخرى يتضمنها الشكل الجمهوري للحكومة وأهمها مبدأ الاقتراع العام، ومبدأ النظام النيابي، ومبدأ الفصل بين السلطات(٢).

---

(١) **Maurice HAURIOU, précis du droit constitutionnel, 16ème ed. Siery, 1923, p. 269 et pp.382 et ss.**
- **Bruno GENEVOIS et Robert BADINTER. Rapport français à la VIIIe Conférence des cours constitutionnelles européennes (Ankara 7-10 mai 1990), sur « la hiérarchie des Normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux », A.I.J.C, 1990, p. 137.**

(٢) **Didier MAUS. R.F.D.C, 1992, No. 11, P. 412.**

وينطوي ما ذهب إليه "موريس هوريو" إلى الإقرار بما يُسمى الآن "المشروعية الدستورية العليا" Supra-constitutionnalité التي اتخذ منها العديد من الفقهاء في نظم قانونية عديدة تكأة للقول بأن نصوص الدستور المكتوب ليست هي نهاية المطاف في النظام القانوني، بل تسبقها وتعلو عليها مبادئ دستورية أخرى تعبر عن قيم سياسية وثقافية ودينية واجتماعية عليا لا يصح حتى للدستور المكتوب الخروج عليها، وتقف المشروعية الدستورية العليا وراء ما نادي به البعض من وجود تدرج مادي بين القواعد الدستورية كما سبق وأشرنا(١).

وفي ذات السياق ذهب البعض الآخر من الفقه إلى أن للجمهورية République في فرنسا صفات وخصائص نصت عليها المادة الأولى من دستور ١٩٥٨ (التي كانت المادة الثانية من الدستور حتى عام ١٩٩٢)، بقولها إن " فرنسا جمهورية لا تتجزأ، علمانية، ديمقراطية، واجتماعية... ". ويعني ذلك أن مبادئ عدم قابلية الجمهورية للتجزئة أو التقسيم، والعلمانية، والديمقراطية، بالإضافة إلى المذهب الاجتماعي هي من المبادئ التي ينطوي عليها الشكل الجمهوري للحكومة كذلك، وبالتالي فهي من المبادئ التي تستعصي على التعديل، وتفرض نفسها بالتالي على السلطة التأسيسية المشتقة (سلطة تعديل الدستور)، علاوة على حجيتها في مواجهة القاضي الدستوري(٢).

(١) راجع ما سبق بهذا الخصوص عند الحديث عن مسألة تدرج القواعد الدستورية.

(٢) B. MATHIEU et M. VERPEAUX (sous la direction de...) la République en droit français, actes du colloque de Dijon des 10 et 11 Décembre 1992, Economica, 1996.

- **وفي مصر** كانت المادة ١٥٦ من دستور ١٩٢٣ تنص على أنه: "للملك ولكل من المجلسين تنقيح هذا الدستور بتعديل أو حذف حكم أو أكثر من أحكامه، أو إضافة أحكام أخرى. ومع ذلك فإن الأحكام الخاصة بشكل الحكومة النيابي البرلماني وبنظام وراثة العرش، وبمبادئ الحرية والمساواة التي يكفلها هذا الدستور لا يمكن تنقيحها" .

وعلى ذلك يكون دستور ١٩٢٣ قد استثنى من إمكانية التعديل ما يأتي(١):

- النصوص المتعلقة بالشكل النيابي البرلماني للحكومة.
- النصوص المتعلقة بنظام وراثة العرش.
- النصوص التي تنظم مبادئ الحرية والمساواة التي كفلها الدستور.

والمعروف أن دستور ١٩٧١ الحالي في مصر قد اتخذ من النظام الجمهوري ركيزة أساسية من ركائز نظام الحكم، وذلك بالنص في المادة الأولى منه على أن: "جمهورية مصر العربية دولة نظامها اشتراكي ديمقراطي يقوم على تحالف قوى الشعب العاملة..." . وليس ذلك سوى تأكيد من هذا الدستور على التقليد الذي أرسته ثورة ٢٣ يوليو ١٩٥٢ وأخذت به جميع الدساتير المصرية اللاحقة، وذلك بعد تقرير عدم صلاحية النظام الملكي، وإعلان الجمهورية في ١٨ يونيه ١٩٥٣(٢).

---

(١) راجع في هذا الخصوص، دكتور رمزي الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، المرجع السابق، ص ٧٧١ -٧٧٢.

(٢) راجع في تفاصيل هذا الأمر، دكتور محمد كامل ليلة، القانون الدستورى، دار الفكر العربى، ١٩٧١، ص٤٩٩ وما بعدها.

والملاحظ أن المادة ١٨٩ من دستور ١٩٧١، المتعلقة ببيان إجراءات تعديل هذا الدستور، لم تنص على النأي بالشكل الجمهوري للحكومة عن التعديل. ومع ذلك فمن مراجعة أحكام الدستور الأخرى يتضح اتجاه نية المشرع الدستوري نحو إعلاء شأن النظام الجمهوري لدرجة لا يمكن معها تصور أن يكون موضوعاً للتعديل.

فالمادة ٧٩ من الدستور تنص على أن يؤدي رئيس الجمهورية أمام مجلس الشعب قبل أن يباشر مهام منصبه اليمين الآتية:

"أقسم بالله العظيم أن أحافظ مخلصاً على النظام الجمهوري، وأن أحترم الدستور والقانون، وأن أرعى مصالح الشعب رعاية كاملة، وأن أحافظ على استقلال الوطن وسلامة أراضيه".

وتنص المادة ١٥٥ من ذات الدستور على أن يؤدي أعضاء الوزارة أمام رئيس الجمهورية قبل مباشرة مهام وظائفهم اليمين الآتية:

"أقسم بالله العظيم أن أحافظ مخلصاً على النظام الجمهوري، وأن ......" وهي ذات اليمين التي يؤديها رئيس الجمهورية.

كما يؤدي عضو مجلس الشعب أمام المجلس قبل مباشرة مهام وظيفته اليمين التي نصت عليها المادة ٩٠ من الدستور بأن "يحافظ مخلصاً على سلامة الوطن والنظام الجمهوري ..." ويؤدي هذه اليمين كذلك أعضاء مجلس الشورى قبل مباشرة مهام وظائفهم وذلك عملاً بالمادة ٢٠٥ من الدستور.

وهكذا فأداء يمين الولاء للنظام الجمهوري والإخلاص في المحافظة عليه يعد شرطاً ضرورياً لمباشرة كل من رئيس الجمهورية وأعضاء الحكومة وأعضاء

لمجلسي الشعب والشورى لمهام مناصبهم، بعد تمام انتخابهم، بالطريقة التي نص عليها الدستور والقانون(١).

وعلاوة على ذلك فإن القانونين رقم ٢٤٧ لسنة ١٩٥٦ الخاص بالمحاكمة الجنائية لرئيس الجمهورية، ورقم ٧٩ لسنة ١٩٥٨ المتعلق بالمحاكمة الجنائية للوزراء، والمعمول بهما في ظل دستور ١٩٧١ لعدم صدور قوانين بديلة، قد جعلا من الإخلال بالنظام الجمهوري سبباً من أسباب الاتهام الجنائي لرئيس الجمهورية والوزراء.

وفضلاً عما سبق، فإن دستور ١٩٧١ فى مصر يتضمن قيوداً موضوعية أخرى على سلطة تعديل الدستور، أهمها تلك المستمدة من النصوص التى تكرس حقائق سياسية واجتماعية لا يمكن القبول بعكسها ومن ذلك ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة الأولى من الدستور من أن "الشعب المصرى جزء من الأمة العربية...."، وما تنص عليه المادة الثانية من ذات الدستور من أن : "الإسلام دين الدولة، واللغة العربية لغتها الرسمية، ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع".

ونحن نعتقد بأن إقبال المصريين مختارين على الانتماء للأمة العربية، وعلى اللسان العربى والدين الإسلامى لأكثر من أربعة عشر قرناً من الزمان، وتأكيد نصوص الدستور على ذلك، يحمل قيداً موضوعياً (لا يهم أن يكون صريحاً أو ضمنياً)، على سلطة تعديل الدستور، مقتضاه عدم قدرتها على المساس بالنصوص الدستورية المنظمة لهذه المسائل إلا إذا كان

---

(١) راجع في ذلك دكتور رمزى الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، المرجع السابق، ص ٧٧٧ – ٧٧٨.

الغرض من ذلك هو تقوية الانتماء العربي للدولة أو التمكين للغة العربية في نفوس المصريين وعلى ألسنتهم. أو ترسيخ مكانه مبادئ الشريعة الإسلامية في النظام القانوني المصري بأكمله، وذلك على نحو ما حدث بمناسبة تعديل المادة الثانية سالفة الذكر في عام ١٩٨٠ لكي تصبح الشريعة الإسلامية "المصدر الرئيسي للتشريع" بعد أن كانت مجرد "مصدر رئيسي للتشريع". بل إن "السلطة التأسيسية الأصلية لا يمكنها -في حالة وضع دستور جديد للدولة- التفريط في المبادئ سالفة الذكر أو التقليل من أهميتها.

وفي ألمانيا الفيدرالية نظم دستور٢٣ مايو ١٩٤٩ الحالي إجراءات تعديل الدستور (القانون الأساسي) في المادة ٩٧ منه. ولكنه نص في الفقرة الثالثة من هذه المادة على أن: "يحظر كل تعديل لهذا القانون الأساسي (الدستور) إذا كان من شأنه أن يمس بالنظام الفيدرالي، أو بمبدأ مشاركة الولايات lander في التشريع، أو بالمبادئ التي ينص عليها الدستور في المادة الأولى والمادة ٢٠ منه".

ومن الواضح أن هذه الفقرة من المادة ٧٩ من الدستور الألماني قد اعتبرت أن النظام الفيدرالي بالصورة التي يعلن عنها وينظمها هذا الدستور هو من المبادئ العليا التي يقوم عليها النظام السياسي والدستوري في ألمانيا الفيدرالية. وبالتالي فإن النظام الفيدرالي وما يترتب عليه ويلحق به من حق الولايات الأعضاء في الاتحاد الألماني في المشاركة في ممارسة الوظيفة التشريعية للدولة هي من الأمور التي لا يمكن لسلطة تعديل الدستور (السلطة التأسيسية المشتقة) المساس بها، وإلا اعتبر

عملها باطلا وغير منتج لأي أثر قانوني، لأنه ببساطة غير دستوري ويمكن أن تطاله يد المحكمة الدستورية الفيدرالية بالإلغاء في إطار ما تمارسه من رقابة على دستورية قوانين تعديل الدستور(١).

وكما أشرنا آنفاً فإن الفقرة الثالثة سالفة الذكر من المادة ٧٩ من الدستور الألماني تضع في مواجهة السلطة التأسيسية المشتقة مجموعة أخرى من الضوابط والقيود المنصوص عليها في المواد ١ ، ٢٠ من الدستور.

وفيما يتعلق بالضوابط المنصوص عليها في المادة الأولى من الدستور فهي تتصل جميعها ببعض الحقوق الأساسية التي يستحيل على سلطة تعديل الدستور المساس بها. وسوف نعرض لها في حينه(٢).

أما فيما يتعلق بالضوابط المنصوص عليها في المادة ٢٠ من الدستور فهي ذات طبيعة سياسية واجتماعية، وتتعلق بالخصائص الرئيسية لدولة الاتحاد الألماني وبفلسفتها السياسية والاجتماعية، وبتحديد مصدر السلطة السياسية فيها وأسلوب ممارستها، وبمبدأ الفصل بين السلطات وبمبدأي الشرعية الدستورية والمشروعية الإدارية، وبأحقية الشعب الألماني في مقاومة من تسول له نفسه الانقلاب على هذه القيم والمبادئ.

---

(١) راجع في ذلك

- **Olivier JOUNJAN. Rapport allemand à la 10ème table ronde internationale sur la "Revision de la constitution et justice constitutionnelle" A.I.J.C, 1994, op-cit, pp. 231-234.**

وسنعود للحديث عن موقف المحكمة الدستورية الألمانية من مسألة الرقابة على دستورية قوانين التعديل الدستوري.

(٢) سنعود إلى الحديث عن هذه الضوابط عند معالجتنا لحدود تعديل الدستور الموضوعية ذات الصلة ببعض الحقوق والحريات الأساسية.

وفي هذا السياق نجد الفقرة الأولى من المادة ٢٠ من الدستور تكرس الخصائص الرئيسية للدولة، بالنص على أن: "جمهورية ألمانيا الفيدرالية، دولة اتحادية (فيدرالية)، ديمقراطية واجتماعية".

وتنص الفقرة الثانية من هذه المادة على أن "سلطة الدولة تُستمد من الشعب، الذي يمارسها عن طريق الانتخاب ووسائل التعبير عن الرأي، ومن خلال الأجهزة الخاصة المكلفة بممارسة السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية والسلطة القضائية".

وتؤكد الفقرة الثالثة من المدة ٢٠ سالفة الذكر من الدستور الألماني على إعلاء مبدأي الشرعية الدستورية والمشروعية الإدارية، باعتبارهما من المبادئ العليا التي يقوم عليها النظام الدستوري والقانوني في ألمانيا،وذلك بالنص على أن: "تلتزم السلطة التشريعية بالنسق الدستوري وتلتزم السلطات التنفيذية والقضائية بالتشريع والقانون".

أما حق الشعب الألماني في مقاومة كل من يخرج على القيم السابقة أو ينقلب عليها، باعتبارها من القيم الأساسية التي تقوم عليها الدولة الألمانية، فقد أكدت عليه الفقرة الرابعة من المادة ٢٠ سالفة الذكر، بيد أنها علقت اللجوء إلى أسلوب المقاومة على استنفاذ الوسائل الأخرى الممكنة. وفي ذلك تنص هذه الفقرة على أن: "لكل الألمان الحق في مقاومة كل من يشرع في الانقلاب على هذا النسق، إذا انعدمت الوسائل الأخرى الممكنة".

ويعزي الفقه تضمين الدستور الألماني الحالي كل هذه الضوابط الموضوعية إلى سد الطريق أمام كل محاولات الانقلاب على قيم الشعب الألماني عن طريق تعديل الدستور، من قبيل ما قام به "هتلر" في عامي

١٩٣٣ و ١٩٣٤ من تعديل لدستور "فايمار ١٩١٩" مما أدى إلى تغيير النظام ـ ـ باسي والدستوري الألماني بالطريقة التي شهدت على عدم صحتها احداث الحرب العالمية الثانية(١).

وفي سويسرا، يمنح دستور الاتحاد السويسري الصادر في ٢٩ مايو ١٨٧٤ والمعدل في ١٨ إبريل ١٩٩٩، مكانة مميزة لقواعد القانون الدولي في القانون الداخلي للاتحاد السويسري؛ وفي هذا الإطار تقضي المادة ١٩١ من الدستور الاتحادي بأن تلتزم المحكمة الفيدرالية وبقية الهيئات الأخرى في الدولة بتطبيق القوانين الفيدرالية وقواعد القانون الدولي.

وتظهر المكانة المميزة للقانون الدولي في القانون الداخلي السويسري على مستوى نصوص دستور الاتحاد المنظمة لعملية تعديل الدستور؛ فالمادة ١٩٢ من دستور الاتحاد تكرس مبدأ قابلية تعديل أحكام هذا الدستور كلياً أو جزئياً. وتقضي الفقرة الرابعة من المادة ١٩٣ من ذات الدستور بأنه لا يجب انتهاك القواعد الآمرة في القانون الدولي بمناسبة التعديل الكلي للدستور. كما تقضي الفقرة الثانية من المادة ١٩٤ من دستور الاتحاد بأن كل تعديل جزئي لهذا الدستور لابد وأن يحترم المبادئ الآمرة في القانون الدولي.

وهكذا فقد أدخل دستور الاتحاد السويسري قيداً موضوعياً على السلطة التأسيسية المشتقة (سلطة تعديل الدستور) مقتضاه عدم المساس بالنصوص الدستورية كلياً أو جزئياً ، إذا كان من شأن ذلك إهدار أحكام المادة ١٩١ من دستور الاتحاد التي تساوي في درجة الإلزام

---

(١) أوليفييه جوانجان، التقرير الألماني سالف الذكر، ص ٢٣٢.

بالنسبة للمحكمة الفيدرالية وبقية هيئات الدولة بين القوانين الفيدرالية والمبادئ الآمرة في القانون الدولي(١).

وفي إيطاليا، تنص المادة ١٣٩ من الدستور الإيطالي الحالي والصادر في ٢٧ ديسمبر ١٩٤٧ على أنه "لا يجوز أن يكون الشكل الجمهوري للحكومة محلاً للتعديل الدستوري". ويضع هذا النص قيداً موضوعياً على السلطة التأسيسية المشتقة مقتضاه عدم قدرتها على تعديل النصوص الدستورية التي تقر النظام الجمهوري كشكل للحكومة الإيطالية وتنظمه. وهذا ما أكدت عليه المحكمة الدستورية الإيطالية في حكمها رقم ١١٤٦ لسنة ١٩٨٨(٢) والذي اتخذت فيه موقفاً واضحاً من مسألة المبادئ الدستورية العليا في النظام الدستوري الإيطالي كما سوف نرى بعد قليل(٣).

وفي حكمها رقم ٣٥٩ لسنة ١٩٨٥، وحكميها رقمي ١٩١، ٢١٠ لسنة ١٩٨٧ انتهت المحكمة الدستورية الإيطالية -في إطار سياستها الرامية إلى تأكيد وجود تفاوت في القيم التي تعبر عنها النصوص الدستورية- إلى استخلاص مبدأ دستوري هام قوامه "ضرورة المحافظة على الخصوصية الإيطالية". وذلك استناداً إلى ما نصت عليه المادة التاسعة من الدستور الإيطالي من أن: "الجمهورية ..... تحافظ على الطابع العام المميز للبلاد". هذا المبدأ يمثل -

(١) راجع في تفاصيل ذلك:

- Blaise KNAPP: Rapport Suisse à la 10ème table ronde internationale des 16-17 septembre 1994, sur la « Révision de la constitution et justice constitutionnelle », A.I.J.C, 1994, pp.251-254

(٢) راجع في ذلك:

- Massimo LUCIANI : Rapport Italien à la VIIIe conférence des cours constitutionnelles européennes, Ankara 7-10 mai 1990 sur « la hiérarchie des Normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux, A.I.J.C, 1990, pp. 170-171.

(٣) راجع ما سيأتي بخصوص.

على حد تعبير المحكمة - "قيمة أساسية" Valeur primaire من القيم التى يعبر عنها الدستور الإيطالى، و"لا يمكن تصور خضوعها أو تبعيتها لأية قيمة أخرى" insusceptible d'être subordonnée à toute autre. ومن الملفت للنظر أن المحكمة الدستورية الإيطالية كانت قد رفضت -حتى عام ١٩٨٥- إدراج هذا المبدأ ضمن طائفة المبادئ الدستورية العليا (١). ويعنى ذلك زيادة اهتمام المحكمة بهذه المسألة.

وتمثل القيود السابقة — من وجهة نظر الفقه الإيطالي — قيوداً موضوعية صريحة على سلطة تعديل الدستور، الى جانب بعض القيود الصريحة الأخرى أهمها : القيد المستمد من المادة الثانية من الدستور الإيطالى والقاضى بوجود بعض الحقوق والحريات غير القابلة للمساس(٢). والقيد المستمد من الفقرة الأولى من المادة ١٣٢ من الدستور والقاضي بضرورة وجود مليون ساكن على الأقل لإمكانية إنشاء "إقليم جديد" Region كوحدة من وحدات الإدارة المحلية ، في بقعة جغرافية معينة.

وعلاوة على هذه القيود الموضوعية الصريحة توجد قيود موضوعية ضمنية لا تقل فى الأهمية، وتتمثل فى الدستور الإيطالي المبدئى ذاته نصاً وروحاً كما وضعته "السلطة التأسيسية الأصلية" فى عام ١٩٤٧. والذى يطلق عليه الفقه الإيطالى تسمية "الدستور الموضوعى" Constitution matérielle وتزيد الحاجة الى حماية أحكامه بعد الزيادة الهائلة فى عدد القوانين

(١) راجع فى ذلك: ماسيمو لوسياني، التقرير الإيطالى سالف الذكر، ص١٧٢-١٧٣.

(٢) سنعود للحديث عن هذا القيد عند تناولنا لموضوع القيود الموضوعية المتصلة ببعض الحقوق والحريات الأساسية.

الدستورية التى أضيفت إليه والتعديلات الدستورية التى أدخلت عليه والتى بلغت ٢٤ تعديلاً فيما بين عامى ١٩٤٨و ١٩٩٣(١).

وفى البرتغال، تحمل المادة ٢٨٨ من الدستور البرتغالى الصادر فى ١٩٧٦ عنوان : الحدود المادية على تعديل الدستور « Les limites matérielles de la révision ». وتنص هذه المادة على أن: "قوانين تعديل الدستور ينبغى عليها احترام ما يلى:

أ- الاستقلال الوطنى ووحدة الدولة؛

ب- الشكل الجمهورى للحكومة؛

ج-الفصل بين الكنيسة والدولة؛

د- حقوق وحريات المواطنين وضماناتها؛

ه- حقوق العمال، وحقوق النقابات والجمعيات العمالية؛

و- التعايش المشترك بين القطاع العام والقطاع الخاص والقطاع التعاونى؛

ز-وجود الخطط الاقتصادية فى إطار اقتصاد مختلط.

ح-الاقتراع العام المباشر لاختيار أعضاء الأجهزة المعبرة عن السيادة الوطنية؛ والأجهزة الممثلة للأقاليم المستقلة ووحدات الإدارة المحلية. ونظام التمثيل النسبى؛

ط- مبدأ التعددية فى التعبير والتنظيم السياسيين، بما فى ذلك نظام الأحزاب السياسية وحق المعارضة السياسية؛

---

(١) لمزيد من التفاصيل حول هذه القيود، الصريح منها والضمنى، راجع على وجه الخصوص. ماسيمو لوسيانى، التقرير الإيطالى سالف الذكر، ص١٣٨-١٣٩.

ى- الفصل بين الأجهزة الممثلة للسيادة الوطنية والتعاون بينها؛

ك- الرقابة على دستورية القوانين ، سواء صدر التشريع في صورة إيجابية أو في صورة سلبية تتمثل في الامتناع عن سن القواعد القانونية؛

ل- استقلال المحاكم؛

م- استقلال وحدات الإدارة المحلية؛

ن- الاستقلال السياسي والإداري لجزر "آسور" Açores و"مادير" Madère.

ومن خلال هذا النص يبدو أن الدستور البرتغالي هو أكثر الدساتير الأوروبية على الإطلاق تقييداً للسلطة التأسيسية المشتقة، وذلك من حيث الاسهاب في وضع الضوابط الموضوعية التي ينبغي على هذه الأخيرة مراعاتها عند تعديل أحكامه(١). ويعود ذلك من وجهة نظرنا الى أن أسلوب المشرع الدستوري البرتغالي -في دستور ١٩٧٦ الحالي- هو الإسهاب في عرض ما تعرض له من موضوعات، وذلك لقطع الطريق على كل محاولات تفسير الدستور بطريقة قد تباعد بينه وبين تحقيق أهدافه، هذا فضلاً عن أن هذا الدستور قد وضع في مرحلة متأخرة (١٩٧٦) إذا ما قيس بدساتير أوروبا الغربية الحالية الأخرى مثل الدستور البلجيكي الذي وضع في عام ١٩٣١، والدستور النمسوي الذي وضع في عام ١٩٢٠، والدستور الإيطالي الذي وضع في عام ١٩٤٦، والدستور الألماني الصادر في عام ١٩٤٩، ولذلك فقد زايد عليها في عرض هذه الضوابط الموضوعية.

(١) لمزيد من التفاصيل حول هذا النوع من الضوابط في الدستور البرتغالي، راجع:
تقرير المحكمة الدستورية البرتغالية سالف الذكر، حول : "تعديل الدستور والقضاء الدستوري" (A.I.J.C) ، ١٩٩٤، ص٢١١ وما بعدها.

الفرع الثاني: الحدود الموضوعية المتعلقة ببعض الحقوق والحريات الأساسية.

أصاب موضوع الحقوق والحريات تطورات كثيرة أدت الى تحول نظرية الحريات العامة "la théorie des libertés publiques" التى صاحبت النظرة التقليدية للحقوق والحريات إلى نظرية للحقوق والحريات الأساسية Une théorie des libertés et droits fondamentaux أهم ما يميزها هو تزايد اهتمام المشرع الدستورى والقانون الدولى لحقوق الإنسان بمسائل الحقوق والحريات، وتطور دور البرلمان بشأنها. بحيث أصبح عليه -بوصفه أكثر السلطات قدرة على استجلاء جوانب المصلحة العامة- أن يوفى بالتزام مزدوج يتمثل فى الامتناع عن وضع العراقيل أو السماح بوضع العراقيل فى سبيل ممارسة الأفراد للحقوق والحريات التقليدية، والعمل – من خلال ما يصدره من تشريعات – على حث مختلف هيئات ا لدولة على التدخل فى حياة الأفراد بصورة إيجابية من أجل إشباع حاجاتهم الاقتصادية والاجتماعية والثقافية[1].

وفى كل مرة يتخلف البرلمان عن الوفاء بشقى هذا الالتزام فإنه يعد ممتنعاً عن ممارسة اختصاصه التشريعي، وبالتالى مرتكباً للمخالفة الدستورية المتمثلة فى عدم الاختصاص السلبى للمشرع[2].

---

(١) للتعرف على الجوانب المختلفة لهذا الموضوع، راجع على وجه الخصوص:

- Louis FAVOREU, la protection des droits et libertés fondamentaux, A.I.J.C, 1985, p. 183 et ss.
- Louis FAVOUREU (sous la direction de) : cours constitutionnelles européennes et droits fondementaux, Actes du colloque des 19-20 et 21 février 1981, Economica P.U.A.M, 2ème triage, 1987.
- Philipe TERNEYERE, point de vue française sur la hiérarchie des droits fondamentaux, in « études de droit constitutionnel franco-portugais, paris, Economica, 1994, pp. 49 et ss.
- Jean ROCHE, libertés publiques, paris, Dalloz, 1992 P. 47 et ss.

(٢) راجع فى هذا الخصوص: جورج شفيق، عدم الاختصاص السلبى للمشرع وللسلطات الإدارية، المرجع السابق، ص١٣٧ وما بعدها.

ويبدو أن واضعي الدساتير (السلطات التأسيسية الأصلية) في عدد غير قليل من الدول قد ذهبوا إلى ما هو أبعد من ذلك عندما أخرجوا المسائل المتعلقة بالحقوق والحريات وضماناتها ليس فقط من مجال اختصاص البرلمانات ، ولكن كذلك من مجال اختصاص السلطة التأسيسية المشتقة (سلطة تعديل الدستور)، بحيث يمتنع على هذه الأخيرة المساس بالنصوص الدستورية المنظمة للحقوق والحريات الأساسية إلا بغرض تمكين الأفراد من التمتع بها وممارستها وليس العكس.

وفي هذا الخصوص فإن بعض الدساتير تنص صراحة على عدم إمكانية تعديل النصوص الدستورية المنظمة لبعض الحقوق والحريات. وبعضها الآخر يعبر عن هذا المعنى باستخدام تعبير "الحقوق والحريات غير القابلة للمساس Droits et libertés intouchables.

ففي مصر، كنا قد رأينا أن المادة ١٥٦ من دستور ١٩٢٣ كانت تنص على حظر اقتراح تنقيح النصوص الدستورية الخاصة بالحرية والمساواة. ويعني ذلك أن دستور ١٩٢٣ كان قد تبنى، منذ ذلك التاريخ، فكرة "الحقوق غير القابلة للمساس" Droits intouchables . وخص منها الحق في الحرية بوجه عام والحق في المساواة.

وعدم قابلية مبدأي الحرية والمساواة للمساس وفقاً لنص المادة ١٥٦ سالفة الذكر، إنما يعني أن سلطة تعديل الدستور لم يكن بإمكانها التدخل لتعديل النصوص المنظمة لهما بما يؤدي إلى الانتقاص منهما، وإنما كان بإمكانها تعديل هذه النصوص إذا كان الغرض من هذا التعديل الاستفادة

من ضمانات الحقوق والحريات العامة، ومن بينها مبدأ الحرية ومبدأ المساواة[١].

ونحن نعتقد أن هذا القيد يسرى كذلك على سلطة تعديل الدستور حيال الحقوق والحريات التى يقرها دستور مصر الحالى، والصادر فى عام ١٩٧١.

وفى ألمانيا، سبق ورأينا أن الفقرة الثالثة من المادة ٧٩ من الدستور الألمانى تضع فى مواجهة السلطة التأسيسية المشتقه (سلطة تعديل الدستور)، مجموعة من الضوابط والقيود الموضوعية المنصوص عليها فى المادة الأولى والمادة ٢٠ من ذات الدستور.

والضوابط المنصوص عليها فى المادة ٢٠ من الدستور الألمانى تتعلق بالخصائص الرئيسية لدولة الاتحاد الألمانى وبفلسفتها السياسية والاجتماعية، وبتحديد مصدر السلطة السياسية فى الدولة وأسلوب ممارستها، وبمبدأ الفصل بين السلطات، وبمبدأى الشرعية الدستورية والمشروعية الإدارية، وبأحقية الشعب الألمانى فى مقاومة كل من يعمل على الانقلاب على قيم المجتمع العليا كما بينها الدستور. وهى ضوابط عرضنا لها ونحن بصدد الحديث عن القيود الموضوعية المتصلة بشكل النظام السياسى فى ألمانيا، والتى ينبغى على سلطة تعديل الدستور عدم تجاوزها [٢].

أما الضوابط والقيود المنصوص عليها فى المادة الأولى من الدستور الألمانى فتتصل جميعاً ببعض الحقوق والحريات الأساسية التى قدر المشرع الدستورى الألمانى الأصلى (السلطة التأسيسية الأصلية)، أنها على درجة

---

(١) دكتور رمزى الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستورى، المرجع السابق، ص٧٧٢.

(٢) راجع ما سبق بهذا الخصوص.

من الأهمية والخطورة بحيث يستحيل على سلطة تعديل الدستور المساس بها.

وتعبر المادة الاولى من الدستور الألماني عن هذه المعاني في ثلاث فقرات نوردها فيما يلي:

١- الكرامة الإنسانية غير قابلة للمساس، وتلتزم كل السلطات العامة في الدولة باحترامها وحمايتها.

٢- ونتيجة لذلك فإن الشعب الألماني يعترف للإنسان بحقوق لا يمكن المساس بها ولا يمكن التنازل عنها. هذه الحقوق هي بمثابة الأساس لكل جماعة بشرية، وللسلام والعدل في العالم.

٣- الحقوق الأساسية المنصوص عليها فيما بعد تلزم السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية، باعتبارها حقوقاً قابلة للتطبيق المباشر".

وكما ذكرنا آنفاً فإن الفقرة الثالثة من المادة ٧٩ من الدستور الألماني تحظر صراحة تعديل الدستور إذا كان من شأنه أن يمس بالمبادئ المعلن عنها في المادة الأولى من ذات الدستور.

وهذه المادة تعلن -كما سبق ورأينا- عن مجموعة من المبادئ، أهمها مبدأ قدسية الكرامة الإنسانية وضرورة احترامها وحمايتها . بالإضافة إلى مجموعة من الحقوق التي اعترف بها الشعب الألماني للإنسان من خلال دستوره وأعتبرها غير قابلة للمساس أو للتنازل عنها، لأنها الاساس لكل جماعة بشرية وللسلام والعدل في العالم. هذه الحقوق هي الحقوق الإنسانية

للفرد التى ألزمت الفقرة الثالثة من المادة الأولى من الدستور. السلطات العامة فى الدولة بالعمل على حمايتها والتمكين من ممارستها باعتبارها قابلة للتطبيق المباشر. ثم أحالت من أجل بيانها إلى نصوص الدستور التى تكرسها.

والحقوق الأساسية بالمعنى السابق تنظمها المواد من ٢ إلى ١٩ من الدستور الألمانى، وهى عبارة عن الحقوق والحريات التالية:

- الحق فى الحياة وفى السلامة الجسدية، وحق الشخص فى تصريف أمور حياته الخاصة ما لم يعتد على النظام الدستوري أو على حريات وحقوق الآخرين أو على الآداب العامة (مادة٢) .
- مبدأ المساواة أمام القانون (مادة ٣).
- حرية العقيدة وممارسة الشعائر الدينية (مادة٤).
- حرية التعبير عن الرأى بكافة صور التعبير (مادة ٥).
- التزام الدولة والمجتمع بحماية الأمومة والطفولة، وبضمان المساواة بين الأطفال الشرعيين والأطفال غير الشرعيين (مادة ٦).

ويمكن أن نضيف إلى ذلك مجموعة أخرى من الحقوق والحريات الأساسية التى أحاطها الدستور الاتحادى الألمانى وقانون المحكمة الدستورية الفيدرالية بحماية خاصة عندما قررا تمكين الأفراد من التوجه إلى المحكمة الدستورية الاتحادية عن طريق الدعوى الدستورية الفردية (دعوى ضمانة الحقوق) طالبين الحكم بعدم دستورية القوانين والقرارات الإدارية والأحكام

القضائية النهائية إذا كان من شأنها انتهاك هذه الحقوق والحريات. وهو أمر معمول به كذلك في دول أوروبية أخرى (١).

وفي النمسا عبر القانون المدني النمسوي الصادر في الأول من يناير ١٨١٢ عن فكرة الحقوق اللصيقة بالشخص الآدمي وغير القابلة للمساس تعبيراً واضحاً، رابطاً إياها بفقه مدرسة القانون الطبيعي Droit naturel. وذلك عندما نص في المادة السادسة عشرة منه على أن : " كل شخص آدمي يملك، منذ ميلاده، حقوقاً طبيعية يفرضها العقل. ولذلك لابد من اعتباره شخصاً. إن الاستعباد والاسترقاق وما يرتبط بهما هما من الأشياء المحظورة في هذه البلاد " .

وانطلاقاً من المادة ١٦ سالفة الذكر من القانون المدني النمسوي نشأت في النمسا فكرة الحقوق والحريات الأساسية غير القابلة للمساس. وفكرة عدم قابلية هذه الحقوق والحريات للمساس لا تعني بالضرورة استحالة تعديل النصوص الدستورية التي تنظمها، حيث لا يستثني دستور الاتحاد النمسوي النصوص المنظمة لها من مبدأ التعديل. لكن فكرة عدم المساس تعني تشديد الحماية الدستورية لهذه الحقوق والحريات. ويتجلى ذلك على صعيدين(٢):

- على الصعيد الأول : من المعروف أن النظام الدستوري النمسوي

(١) سنعود إلى الحديث عن هذا الموضوع عند تناولنا لموضوع "دعوى ضمانة الحقوق" التي تهدف إلى حماية الحقوق والحريات الأساسية.

(٢) راجع في ذلك:

- **Siegbert MORSCHER, rapport autrichien à la VIIIe conférence des cours constitutionnelles européennes (ANKARA 7-10 mai 1990) sur:"la hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux" A.I.J.C, 1990, PP. 15 et ss.**

قائم أساساً على فكرة التدرج التي نادت بها ودافعت عنها وأرست مبادئها مدرسة فيينا متمثلة في زعيمها الحقوقي النمسوي الشهير Hans Kelsen؛ وانطلاقاً من فكرة التدرج تلك نجد أن القانون الدستوري للنمسا – وهي دولة فيدرالية – يتكون من درجتين: القانون الدستوري الفيدرالي من ناحية والذي يضع مبادئه دستور الاتحاد النمسوي (الدستور الفيدرالي)، والقانون الدستوري للولايات أعضاء الاتحاد والذي يجد أساسه في دساتير الولايات ودستور الاتحاد كذلك. وإعمالاً لفكرة التدرج تلك فإن الحقوق والحريات التي ينص عليها دستور الاتحاد بأكمله لا يمكن أن تخالفها أو تنتهكها نصوص دساتير الولايات.

– أما على الصعيد الثاني، فسوف نرى عند الحديث عن موضوع "دعوى ضمانة الحقوق" كيف خرج المشرع الدستوري الفيدرالي النمسوي على مبدأ عينية الدعوى الدستورية وأقر – في المادة ١٤٤ من دستور الاتحاد – بحق الأفراد في التوجه مباشرة إلى المحكمة الدستورية طالبين الحكم بعدم دستورية القواعد القانونية العادية أو الفرعية التي تنتهك حقوقهم وحرياتهم التي يضمنها الدستور الاتحادي وذلك من خلال دعوى ضمانة الحقوق، التي تعرضها نظم دستورية أخرى عديدة(١).

الحقوق والحريات الأساسية غير القابلة للمساس في النظام الدستوري النمسوي هي إذن تلك الحقوق التي تستفيد من ضمانتين هامتين: الأولى عدم إمكانية انتهاكها بواسطة دساتير الولايات أعضاء الاتحاد، والثانية استفادتها من "دعوى ضمانة الحقوق" التي تقررها المادة١٤٤ من دستور الاتحاد والتي سوف نعرض لها في حينه.

(١) راجع ما سيأتي بخصوص "دعوى ضمانة الحقوق".

وفي البرتغال تؤكد المادة ٢٨٨ -سالفة الذكر- من دستور ١٩٧٦ الحالي صراحة على فكرة الحقوق والحريات غير القابلة للمساس، وذلك من خلال النص في الفقرتين الرابعة والخامسة منها على منع سلطة تعديل الدستور من المساس بالنصوص المنظمة لهذه الحقوق والحريات إذا كان الهدف من ذلك هو إهدارها أو تضييق مجال التمتع بها وممارستها(١).

وتقضي الفقرة الرابعة من المادة ٢٨٨ من الدستور البرتغالي بأن قوانين تعديل الدستور ينبغي عليها احترام حقوق وحريات المواطنين وضماناتها.

والحقوق والحريات التي تقصدها هذه الفقرة من المادة ٢٨٨ هي تلك التي نص عليها هذا الدستور في الباب الثاني الذي يحمل عنوان: "الحقوق والحريات وضماناتها". ويتكون من ثلاثة فصول، الأول يحوي المواد من ٢٩ إلى ٤٧ ويحمل عنوان: "الحقوق والحريات الشخصية وضماناتها"، والثاني يحوي المواد من ٤٨ إلى ٥٢. ويحمل عنوان: "الحقوق والحريات المتصلة بالمشاركة السياسية وضماناتها". هذا علاوة على بعض الحقوق والحريات الأخرى التي لا يمكن وصفها بالأساسية في ذاتها وإن كان بعضها يمكن أن يمنحه القضاء الدستوري هذه الصفة؛ ومن أمثلتها ما احتواه الباب الثالث من الدستور الذي يتضمن المواد من ٥٨ إلى ٦٢ والذي يحمل عنوان: "الحقوق والواجبات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية".

---

(١) راجع في ذلك:

- **J.M. CARDOSO DA COSTA, Rapport portuguis à la VIIIe conférence internationale des cours constitutionnelles européennes (Ankara 7-10 mai 1990) sur: "la hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux", A.J.J.C, 1990 PP.179 et ss.**

وراجع ما سبق بشأن القيود الموضوعية المفروضة على سلطة تعديل الدستور في البرتغال.

أما الفقرة الخامسة من المادة ٢٨٨؟ من دستور البرتغال فتقضى بأن قوانين تعديل الدستور ينبغي عليها احترام حقوق العمال، واتحادات العمال والنقابات المهنية ".

ولا شك أن تقييد حرية سلطة تعديل الدستور بضرورة احترام حقوق العمال وحرياتهم، إنما يعبر عن الصفة الأساسية للحقوق والحريات المتصلة بالحياة المهنية والنقابية في البرتغال، وهو اتجاه عام يسيطر على النظم الدستورية والأوروبية.

والواقع أن عدم قابلية الحقوق والحريات التي أشارت إليها الفقرتان الرابعة والخامسة من المادة ١٨٨ سالفة الذكر من دستور البرتغال، إنما تعني أن تدخل السلطة التأسيسية المشتقة لتعديل النصوص الدستورية المنظمة لها غير ممكن إلا في الحالات التي يكون فيها الهدف من التعديل هو زيادة ضمانات هذه الحقوق والحريات وتمكين الأفراد من ممارستها والتمتع بها بصورة أكثر فعالية.

وفي إيطاليا، كنا قد رأينا أن المادة ١٤٩ من الدستور الإيطالي الحالي والصادر في ٢٧ ديسمبر ١٩٤٧ تضع في وجه سلطة تعديل الدستور قيداً مقتضاه عدم جواز تعديل الشكل الجمهوري للحكومة(١).

وباستعراض أحكام الدستور الإيطالي نجد أنه قد خصص الباب الأول من الجزء الأول منه (المواد من ١٣ إلى ٢٩) للحديث عن "حقوق وواجبات المواطنين". غير أن فكرة الحقوق والحريات غير القابلة للمساس لم

(١) راجع ما سبق بشأن القيود الموضوعية على سلطة تعديل الدستور والمتعلقة بشكل النظام السياسي في الدولة وبفلسفتها السياسية والاجتماعية فى إيطاليا.

يرد ذكرها صراحة في هذا الدستور إلا فيما يتعلق بالحرية الشخصية التي تنص المادة ١٣ من هذا الدستور على أنها "مصونة لا تُمس".

وإذا استعرضنا قضاء المحكمة الدستورية الإيطالية المتعلق بالحقوق والحريات الأساسية يمكننا القول بأن الحرية الشخصية وما يتصل بها من حقوق وحريات أخرى تدخل بلا منازع في إطار الحقوق والحريات غير القابلة للمساس، وتمثل بالتالي قيداً على السلطة التأسيسية المشتقة. بالإضافة إلى مجموعة أخرى من الحقوق والحريات. ففي حكمها رقم١١٤٦ الصادر في عام ١٩٨٨ والذي سبقت الإشارة إليه(١). أكدت المحكمة الدستورية الإيطالية على أن: "الدستور الإيطالي يحتوي على مجموعة من المبادئ العليا التي لا يمكن الانقلاب عليها أو تعديلها في محتواها الأساسي، حتى بواسطة قوانين تعديل الدستور أو بمقتضى قوانين دستورية أخرى" (٢).

وفي وصفها لهذه المبادئ العليا تقول المحكمة الدستورية – في ذات الحكم – بأنها: "المبادئ التي ينص الدستور صراحة على اعتبارها بمثابة حدودٍ على سلطة تعديل الدستور كالشكل الجمهوري للحكومة المنصوص عليه بالمادة ١٣٩ من الدستور، بالإضافة إلى بعض المبادئ غير المنصوص عليه

(١) راجع ما سبق بشأن موقف المحكمة الدستورية الإيطالية من القيود الموضوعية المتعلقة بشكل النظام السياسي في الدولة والمفروضة على سلطة تعديل الدستور.

(٢) **"La constitution italienne comprend quelques principes Suprêmes qui ne peuvent être renversés ou modifiés dons leur contenu essentiel même par une loi de revision constitutionnelle ou par d'autres lois constitutionnelles"**

راجع في ذلك ماسيمو لوسياني، التقرير الإيطالي إلى المؤتمر الثامن للمحاكم الدستورية الأوروبية، مرجع سابق، ص ١٧٠.

صراحة في الدستور ومع ذلك لا يمكن إخضاعها لإجراءات التعديل الدستوري والتي تتصل بروح القيم العليا التي أقيم عليها الدستور الإيطالي" (١).

وهكذا فإن "المبادئ العليا" التي تمثل قيوداً على سلطة تعديل الدستور في إيطاليا قد تكون مبادئ مدونة بالدستور، وقد تكون مبادئ غير مدونة فيه ولكنها تستمد من روح القيم العليا التي قام عليها الدستور ذاته.

ومن هذه المبادئ ما ينظم حقوق وحريات معينة، مثل مبدأ المساواة الذي لا خلاف – وفق الفقه والقضاء الدستوري في إيطاليا – على أنه يمثل قيداً لا شك فيه على سلطة تعديل الدستور (السلطة التأسيسية المشتقة).

---

(١) " les principes que la Constituions elle-même prévoit explicitement comme limite absolue au pouvoir de révision constitutionnelle, comme la forme républicaine de gouvernement (art. 139 de la Constitution) que les principes qui, bien que n'étant pas expressément mentionnés parmi ceux ne pouvant être assujettis à une procédure de révision constitutionnelle, appartiennent à l'essence des valeurs suprêmes sur lesquelles se fonde la Constitution italienne".

الباب الثانى

أثر فكر النظام العام الدستورى على الدعوى الدستورية

لا شك أن قواعد القانون الدستورى تعد أقوى القواعد القانونية وأعلاها فى النظام القانونى لكل دولة. ولأن هذه القواعد تدور حول الدولة وتنظيمها وعلاقة الفرد بالسلطة فيها، فهى بالتالى تتعلق بالنظام العام. بمعنى أنها من قبيل القواعد القانونية الآمرة التى لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها، كما لا يجوز للسلطات العامة فى الدولة العمل بغير مقتضاها مادامت سارية ومعمولاً بها.

ومن نتائج ذلك أن الدفع بعدم الدستورية، أى الدفع المتمثل فى الاحتجاج أمام القاضى بمخالفة القواعد القانونية الأدنى فى المرتبة للقواعد والمبادئ الدستورية هو من الدفوع المتعلقة بالنظام العام التى يجوز إثارتها لأول مرة أمام أية درجة من درجات التقاضى. ويظهر أثر هذه النظرة فى القواعد الدستورية والتشريعية المنظمة لموضوع الرقابة على دستورية القوانين فى معظم دول العالم: ففى مصر على سبيل المثال يمنع قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٨١ لسنة ١٩٧٩ قاضى الموضوع الحق فى أن يحيل مسألة الدستورية من تلقاء نفسه إلى المحكمة الدستورية العليا. ويعطى لهذه الأخيرة الحق فى أن تتصدى من تلقاء نفسها لبحث دستورية القوانين واللوائح بمناسبة ممارسة اختصاصاتها المختلفة.

والواقع أن الأمر لا يتعلق فقط باتصال القواعد والمبادئ الدستورية جميعها بالنظام العام. بل إن لفكرة النظام العام الدستورى ذاتها معنى أكثر خصوصية وأكثر ضيقاً. فقد رأينا ونحن بصدد الحديث عن التدرج

المادى بين القواعد الدستورية أن هذه القواعد تعبر عن قيم تتفاوت فى المرتبة، بحيث يكون من اللازم تأمين حماية أكثر للقواعد الدستورية التى تعبر عن قيم أعلى . وهذا ما رأيناه ونحن بصدد الحديث عن القيود الشكلية والموضوعية التى يفرضها المشرعون الدستوريون على سلطة تعديل الدستور. التى تفقد القدرة على تعديل بعض النصوص الدستورية. إلا إذا كان من شأن هذا التعديل تحسين درجة الاستفادة من هذه النصوص، دون أن يؤدى ذلك إلى تقسيم القواعد الدستورية إلى قواعد دستورية عادية وأخرى فوق دستورية، وذلك حفاظاً على مبدأ وحدة الدستور [١].

وعلاوة على الحماية التشريعية التى تتمتع بها القواعد الدستورية التى تعبر عن قيم أعلى والمتمثلة فى عدم قابليتها للتعديل أو المساس، توجد كذلك الحماية القضائية المتمثلة فى وجود بعض آليات الرقابة على دستورية القوانين التى تهدف إلى ضمان إعمال إرادة المشرع الدستورى فى حماية هذا النوع من القواعد الدستورية.

ومن أهم هذه الآليات إعمال العديد من المحاكم الدستورية لسلطتها فى التفسير بطريقة تضمن لها استخدام ما تسمح لها به بعض الدساتير من التصدى لفرض الحماية القضائية المناسبة لأحكام الدستور، عن طريق إثارة عدم دستورية نصوص تشريعية لم يطلب إليها المتقاضون الحكم بعدم دستوريتها، حتى لو أدى ذلك إلى خروجها تماماً عن نطاق الدعاوى الدستورية المعروضة أمامها، بحيث تبدو بعض هذه المحاكم وكأنها تنعقد من تلقاء نفسها لبحث مدى دستورية التشريعات.

---

(١) راجع ما سبق بشأن التدرج المادى بين القواعد الدستورية.

وفضلاً عما سبق، توجد وسائل أخرى لا تقل في الأهمية عن الوسيلة السابقة بل تزيد، وتهدف هذه المرة إلى تأمين أكبر قدر من الحماية القضائية لمجموعة القواعد التي عاملها المشرعون الدستوريون معاملة خاصة عن طريق حظر المساس بها من قبل سلطة تعديل الدستور إذا كان من شأن ذلك أن يؤدي إلى الحد من فائدتها أو تعطيل الحكمة من وجودها. نظراً لتعلقها أكثر من غيرها بالنظام العام الدستوري؛ ومن أهم هذه الوسائل ما ذهبت إليه بعض المحاكم الدستورية من القبول بفكرة الرقابة على دستورية قوانين تعديل الدستور، وما أقره بعض المشرعين الدستوريين للأفراد من إمكانية التوجه إلى المحاكم الدستورية بنوع من الدعاوى يطلق عليه "الدعوى الدستورية الفردية"، أو "دعوى ضمانة الحقوق"، الغرض منها تحديداً حماية حقوقهم وحرياتهم الأساسية ضد ما يصدر من السلطات العامة من تشريعات فرعية وعادية وأحكام قضائية نهائية في بعض الأحيان.

ونعرض فيما يلي لتفاصيل ما سبق، وذلك في فصلين متتاليين على النحو التالي:

الفصل الأول: خروج بعض المحاكم الدستورية عن نطاق الدعاوى الدستورية المعروضة أمامها.

الفصل الثاني: الاتجاه إلى توسيع نطاق الحماية القضائية للنصوص الدستورية المعبرة عن قيم دستورية عليا.

الفصل الأول

خروج بعض المحاكم الدستورية عن نطاق الدعاوى الدستورية المعروضة عليها

أشرنا فى أكثر من مناسبة إلى أن جميع قواعد الدستور تتعلق بالنظام العام. وفضلاً عن ذلك توجد بعض النصوص الدستورية التى تتصل أكثر من غيرها من نصوص الدستور بالنظام العام الدستورى. نظراً لأهمية وخطورة المسائل التى تنظمها، وكذلك فإن قواعد الدستور تتدرج فيما بينها تدرجاً مادياً دون أن يؤدى ذلك إلى الإخلال بمبدأ وحدة الدستور.

ومن هذا المنطلق فإن لفكرة النظام العام الدستورى مفهوماً واسعاً يشمل جميع قواعد الدستور، وآخر ضيقاً يتصل ببعض القواعد الدستورية دون غيرها.

وسواء تعلق الأمر بالمفهوم الواسع أو بالمفهوم الضيق لفكرة النظام العام الدستورى، فإن للفكرة فى ذاتها تأثير على طريقة تعامل القاضى الدستورى مع النزاع المعروض عليه.

فتارة يتصدى القاضى الدستورى –سواء بناء على نص أو فى عدم وجود نص فى الدستور يسمح له بذلك- لبحث مدى دستورية نصوص تشريعية لم يطلب منه الخصوم فى الدعوى المعروضه عليه بحث مدى دستوريتها.

وتارة أخرى يجد القاضى الدستورى نفسه مضطراً إلى مد آثر الأحكام الصادرة عنه بعدم الدستوية لتشمل نصوصاً أخرى لم يشملها

الطعن بعدم الدستورية ولكن يوجد بينها وبين النص أو النصوص المقضى بعدم دستوريتها نوع من الارتباط. وعندما يلجأ القاضى الدستورى الى ذلك. فإنه لا يتصرف فى إطار ما له من رخصة التصدى التى تقتضى -فى معظم النظم القانونية- إحالة المسألة الى هيئة متخصصة (هيئة المفوضين أمام المحكمة الدستورية فى مصر مثلاً) لتعد تقرير عنها وتمهدها للحكم بحيث ينظرها القاضى الدستورى وكأنه ينظر دفعاً جديداً بعدم الدستورية، وإنما يتصرف بصورة تلقائية: بمعنى أنه يناقش مسألة عدم دستورية النص الذى تربطه علاقة بالنص المطعون فيه فى حيثيات حكمه. ثم يقضى بعدم دستوريته فى منطوق هذا الحكم.

ونعرض فيما يلى لتفاصيل هذا الإجمال، وذلك فى مبحثين متتاليين على النحو التالى:

المبحث الأول: تصدى المحاكم الدستورية لبحث مدى دستورية نصوص تشريعية لم تشملها الطعون المعروضة عليها.

المبحث الثانى: مد أثر الأحكام الصادرة بعدم الدستورية لتشمل نصوصاً أخرى لم تشملها الطعون بعدم الدستورية، ولم تتبع بشأنها الإجراءات الخاصة بإعداد الدعوى الدستورية.

المبحث الأول: تصدى المحاكم الدستورية لبحث مدى دستورية نصوص تشريعية لم تشملها الطعون المعروضة عليها.

يواجه هذا الفرض الحالات التى تخرج فيها بعض المحاكم الدستورية عن نطاق الدعاوى المعروضة عليها للتصدى لبحث مدى دستورية تشريع معين يثور لديها شك فى عدم توافقه مع الدستور، على أساس تعلق

قواعد الدستور بالنظام العام ودخول الدفوع بعدم الدستورية فى إطار الدفوع المتعلقة بالنظام العام، وذلك انطلاقاً من النزاع المعروض على المحكمة.

ومما لا شك فيه أن رخصة التصدى بالمعنى السابق تختلف اختلافاً جذرياً عن انعقاد المحاكم من تلقاء نفسها L'autosaisine الذى قد تعرفه بعض النظم القانونية فى حدود ضيقة للغاية، ويكون الهدف منه تأمين الحماية لقيم معينة تعلى التشريعات من شأنها. ويحدث ذلك خصوصاً إذا تصدت المحكمة لنظر مسألة لا تربطها أية علاقة بالنزاع المعروض عليها، أو بادرت بالتصدى بداءة للبت فى بعض المسائل على نحو ما يفعله كل من محكمة المحاسبات Cour des comptes ومجلس الغنائم Conseil des Prises فى فرنسا[1].

ورخصة التصدى لبحث مدى دستورية تشريع معين، بمناسبة دعوى دستورية منظورة بالفعل، تملكها بدرجات متفاوتة المحاكم الدستورية فى العديد من النظم الدستورية. ويختلف مدى رخصة التصدى باختلاف دور القاضى الدستورى فى النظام السياسى والدستورى لكل دولة، وباختلاف طبيعة العلاقة الموجودة بين المشرع من ناحية والقاضى الدستورى من ناحية أخرى: ففى بعض النظم القانونية يضيق نطاق رخصة التصدى بحيث يكون من الواجب وجود علاقة بين النص المتصدى لبحث مدى دستوريته والنزاع المعروض على القاضى. وفى بعض النظم الأخرى يكون النزاع المعروض على القاضى الدستورى مجرد مناسبة فقط لممارسة رخصة التصدى. وهنا يتسع

---

(١) راجع فى ذلك، تيرى دى مانو، المرجع السابق، ص٦٠ وما بعدها.

نطاق رخصة التصدى بحيث تبدو المحاكم الدستورية وكأنها تنعقد من تلقاء نفسها لبحث مدى دستورية التشريعات.

وفيما يلى نعرض لتفاصيل ما سبق من مسائل، علماً بأننا سنقصر حديثنا على بيان كيفية تنظيم رخصة التصدى وكيفية ممارسة المحاكم الدستورية لها فى كل من النمسا وألمانيا، وإسبانيا ومصر، وسيكون ذلك فى المطالب الأربعة التالية.

المطلب الأول: رخصة التصدى فى القانون النمسوى

المطلب الثانى: رخصة التصدى فى القانون الألمانى.

المطلب الثالث: رخصة التصدى فى القانون الإسبانى.

المطلب الرابع: رخصة التصدى فى القانون المصرى.

المطلب الأول: رخصة التصدى فى القانون النمسوى.

كان الفقيه النمسوى الشهير وزعيم مدرسة فيينا "هانز كلسن" Hans Kelsen أول من بادر -فى بدايات القرن الماضى- باقتراح منع المحكمة الدستورية النمسوية رخصة التصدى لبحث مدى دستورية التشريعات التى تعرض لها بمناسبة ممارستها لاختصاصاتها الواردة بالدستور أو بقانون إنشائها [١].

---

[١] **Charles, EISENMANN, la justice constitutionnelle et la haute cour constitutionnelle d'Autriche, thèse, 1928, réédition, Economica, 1986, p.284**

وعلاوة على اختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين، تمارس المحكمة الدستورية النمسوية مجموعة أخرى من الاختصاصات تتمثل فيما يلي [١]:

١- الفصل في تنازع الاختصاصات بين السلطات العامة [٢].

٢- مراجعة مدى إتفاق القوانين الفيدرالية وقوانين الولايات مع الدستور الاتحادي في تاريخ سابق على دخولها في التطبيق [٣].

٣- الفصل في الدعاوى الانتخابية [٤].

٤- مراجعة مشروعية القرارات الإدارية والقوانين والمعاهدات الدولية التي من شأنها انتهاك حقوق الأفراد المعترف بها في الدستور بشرط استنفاذ طرق الطعن المعروفة في القرارات الإدارية [٥]، وذلك في إطار "دعوى ضمانة الحقوق" التي سنعرض لها بمزيد من التفصيل فيما بعد [٦].

٥- الفصل في القضايا المتعلقة بالمسئولية القانونية لأجهزة الدولة العليا [٧].

---

(١) لمزيد من التفاصيل حول اختصاصات المحكمة الدستورية النمسوية راجع:

- **Louis FAVOREU, Les cours constitutionnelles, P.U.F. (que sais-Je) 1992, PP. 37-39.**

- وراجع كذلك تقرير المحكمة الدستورية النمسوية إلى المؤتمر السابع للمحاكم الدستورية الأوروبية، المرجع السابق، ص ٥٩وما بعدها

(٢) المادة ١٣٨ من الدستور النمسوي.

(٣) المادة ١٣٩ من الدستور النمسوي.

(٤) المادة ١٤١ من الدستور النمسوي.

(٥) المادة ١٤٤ من الدستور النمسوي.

(٦) راجع ما سيأتي بخصوص "دعوى ضمانة الحقوق" في النظام الدستوري النمسوي.

(٧) المادتان ١٤٢ و ١٤٣ من الدستور النمسوي.

٦- الفصل فى النزاعات المالية التى تنشأ بين الحكومة المركزية وحكومات الولايات من ناحية والأفراد من ناحية أخرى. وكذلك فى النزاعات من هذا النوع التى تنشأ بين الولايات الأعضاء فى الاتحاد النمسوى[١].

٧- وبمناسبة ممارسة المحكمة الدستورية لأى من الاختصاصات المتعددة سالفة الذكر، يمكنها أن تتصدى لبحث دستورية أى نص تشريعى. كلما كانت فى حاجة إلى تطبيقه على النزاع المعروض عليها وثارت لديها شكوك حول دستوريته [٢].

وفى تبريره لرخصة التصدى المعترف بها للمحكمة الدستورية النمسوية بمناسبة ممارسة اختصاصاتها المختلفة يقول "شارل إيزنمان" Charles Eisenmann -الفقيه الفرنسى وتلميذ "هانز كلسن"- فى أطروحته للدكتوراه التى نوقشت عام ١٩٢٨ بأن القانون الذى تتصدى المحكمة لبحث مدى دستوريته يمكن أن يرتكز عليه حكم صادر عن المحكمة إما بصورة مباشرة ، وإما بصورة غير مباشرة؛ بصورة مباشرة إذا كان ينبغى على المحكمة تطبيقه فى النزاع المعروض عليها، وذلك فى أربع حالات: باعتبارها محكمة إدارية خاصة (طبقاً للمادة ١٣٧ من الدستور)، وباعتبارها محكمة تنازع طبقاً للمادة ١٣٨ من الدستور، وباعتبارها قاضياً للانتخابات وفقاً للمادة ١٤١ من الدستور. وأخيراً باعتبارها محكمة مالية طبقاً للمادة٣٧ من الدستور، ويكون ذلك بصورة غير مباشرة إذا كان حل النزاع المعروض على المحكمة يعتمد بصورة أساسية على مشروعية القاعدة التى على أساسها صدرت القاعدة

---

(١) المادة ٣٧ من الدستور النمسوى.

(٢) راجع فى ذلك تقرير المحكمة الدستورية النمسوية إلى المؤتمر السابع للمحاكم الدستورية، المرجع السابق، ص ٦٣-٦٤.

موضوع النزاع، ويتحقق ذلك على سبيل المثال عندما يدعى أحد الأفراد أمام المحكمة الدستورية العليا أن قراراً إدارياً معيناً قد انتهك حقوقه المضمونة دستورياً لأنه صدر استناداً إلى قانون غير دستورى (المادة ١٤٤ من الدستور)[١].

والملاحظ أن المحكمة الدستورية النمسوية غالباً ما تلجأ إلى استعمال رخصتها فى التصدى بمناسبة نظر الطعون فى القرارات الإدارية التى استنفذ المخاطبون بها طرق الطعن فيها وبالتالى توجهوا بطعونهم فيها إلى المحكمة الدستورية عن طريق "دعوى ضمانة الحقوق"، على أساس انتهاكها لحقوقهم الثابتة بالدستور، وذلك وفقاً للمادة ١٤٤ من الدستور[٢].

وطبقاً لإحصاء أجراه بعض الفقهاء فإنه من بين ١٢٠ حكماً أصدرتها المحكمة الدستورية فى عام ١٩٨٢ كان هناك ٦٠ حكماً تصدت المحكمة من تلقاء نفسها لإثارة عدم دستورية القوانين التى صدرت على أساسها القرارات الإدارية محل الطعن أمامها، وفى عام ١٩٩٠ أصدرت المحكمة الدستورية ١٧ حكماً بعدم الدستورية -من بين ٢٨ حكماً أصدرتها- بعد التصدى لمسألة الدستورية على أساس المادة ١٤٤ سالفة الذكر من الدستور النمسوى. ويعنى ذلك أن معظم الأحكام الصادرة فى الدعوى الدستورية فى النمسا

(١) **Charles EISENMANN, la justice constitutionnelle et la haute cour constitutionnelle d'Auteriche, Op-cit 284-285.**

(٢) **F. ERMACORA, prsodures et techniques de protection des droits fondamentaux., in « cours constitutionnelles européennes et droits fondamentauxs. Economica »- P.U.A.M. 2eme triage, 1987, P. 43.**

وراجع ما سيأتى بشأن "دعوى ضمانة الحقوق" فى القضاء الدستورى المقارن وفى قضاء المحكمة الدستورية النمسوية.

إنما تصدر بناء على دفوع بعدم الدستورية تصدت المحكمة الدستورية لإثارتها من تلقاء نفسها(١).

ومع ذلك لا تجب المبالغة في الآثار المترتبة على استخدام المحكمة الدستورية النمسوية لرخصتها في التصدي، لأن آثار الحكم الصادر بدستورية أو بعدم دستورية القانون الذي تصدت المحكمة لبحث مدى دستورية، تنحصر في إطار النزاع الذي أثيرت عدم الدستورية بمناسبته بمعنى أن حكم الدستورية لا يكتسب في مثل هذه الحالات سوى الحجية النسبية للشيء المقضي به وليس الحجية المطلقة، وذلك على الرغم من صعوبة إعمال الأثر النسبي للحكم الصادر بعدم الدستورية بصورة كاملة، خصوصاً في الحالات التي يصدر فيها الحكم بعدم دستورية بعض أحكام القانون الخاضع للرقابة دون البعض الآخر (٢).

وقد عبرت المحكمة الدستورية النمسوية ذاتها عن هذه الصعوبة في حكم هام لها جاء فيه أن :

" إلغاء بعض أحكام القانون الخاضع للرقابة يرتب عليه بالضرورة تعديلاً لهذا القانون. وتعتمد الطريقة التي ينتج بها هذا التعديل آثاره في النزاع موضوع الدعوى بصورة أساسية على نسق القانون ذاته وعلى الظروف المحيطة بالنزاع، وهي من الأشياء التي لا تأثير للمحكمة فيها. ويدخل في مهام المحكمة أن تحدد عدد الأحكام التي تصدى لبحث دستوريتها من بين أحكام القانون الخاضع للرقابة، وفي حالة عدم مشروعيتها فإنها تقضي

(١) راجع في ذلك لوي فافورو، المحاكم الدستورية، المرجع السابق، ص ٤٣.
(٢) لوي فافورو، المحاكم الدستورية ، المرجع السابق، ص ٤٣.

بإلغائها بحيث تخرج تماماً من النظام القانونى إذا توافرت بقية الشروط اللازمة لذلك. مع عدم المساس بالمعنى الذى أراده المشرع لبقية أحكام القانون. ومن الواضح تماماً أن هذين الهدفين المتساويين فى القيمة (خروج الأحكام المنقضى بدستوريتها من النظام القانونى واحتفاظ بقية أحكام القانون بمعناها) لا يمكن مطلقاً تحقيقهما بصورة كاملة. وبالتالى فإن على المحكمة الدستورية أن تفاضل، بمناسبة كل نزاع، بين واحد فقط من هذين الهدفين " (١).

وتبعاً لذلك فإن ما يحدث فى الواقع العملى هو أن المحكمة الدستورية تجتهد – فى حالة الحكم بإلغاء بعض أحكام القانون – فى عدم المساس بالمحتوى القاعدى لما تبقى من أحكام، وفى سبيل ذلك غالباً ما تلجأ المحكمة إلى الحكم بإلغاء ما لا يمكن فصله من الأحكام المتبقية عن الأحكام المقضى أساساً بعدم دستوريتها (٢).

---

(١) ورود هذا الحكم بتقرير المحكمة الدستورية النمسوية إلى "المؤتمر السابع للمحاكم الدستورية الأوروبية" ، المرجع السابق، ص ٧٢، ونورد فيما يلى نصه باللغة الفرنسية :

“ **Toute annulation de certaines dispositions d'une loi entraîne nécessairement une modification de la loi examinée. La manière dont cette modification produit ses effets au cas concret dépend avant tout de la systématique de la loi et des circonstances, sur lesquelles la Cour constitutionnelle n'a aucune influence. Il entre dans la mission de la Cour constitutionnelle de limiter le nombre des dispositions à examiner et, en cas d'illégalité, à annuler de telle sorte, d'une part, qu'elles soient éliminées du droit existant si les conditions pour ce faire sont remplies et, d'autre part, que le texte subsistant ne subisse aucune modification de sens. Il est chair que ces deux objectifs d'égale valeur ne peuvent jamais être parfaitement atteints. La Cour constitutionnelle doit, par suite, dans chaque cas d'espèce, considérer si et dans quelle mesure l'un ou l'autre de ces objectifs est prioritaire ».**

(٢) راجع فى ذلك تقرير المحكمة الدستورية النمسوية إلى "المؤتمر السابع للمحاكم الدستورية الأوروبية"،المرجع السابق،ص٧٢.

أما فى حالة إذا ما أدى الحكم الصادر بالإلغاء الجزئى للقانون -على إثر تصدى المحكمة الدستورية لبحث مدى دستوريته- إلى اضطراب بنية القانون فى مجمله، فإن المحكمة غالباً ما تحدد مهلة قد تصل إلى عام كامل للمشرع من أجل إعادة النظر فى القانون، مع تضمين حكمها ما يقضى بتأخير أثر الإلغاء إلى حين تدخل المشرع (١).

وعلاوة على ما سبق فإن رخصة التصدى التى تتمتع بها المحكمة الدستورية النمسوية بلغت أقصى مدى لها بمقتضى التعديل الذى أُدخل على قانون المحكمة فى عام ١٩٧٥ ليسمح لهذه الأخيرة — بمناسبة الدعاوى المرفوعة أمامها — بالتصدى لإثارة دستورية القانون الخاضع لرقابتها والغائه فى مجمله فى حالة إذا ما كان الهيئة التى سنته غير مختصة بذلك وفق القواعد الدستورية الخاصة بتوزيع الاختصاص التشريعى بين أجهزة الدولة، أو إذا تبين للمحكمة أن طريقة نشر القانون تمت بالمخالفة للدستور. وتقضى المحكمة بعدم دستورية القانون فى مجمله كما أسلفنا حتى وان كان موضوع الدعوى المرفوعة أمامها هو الاعتراض على جزء منه فقط، وحتى لو أدى الإلغاء التام للقانون إلى الإضرار بمصلحة أطراف الدعوى، وذلك على أساس ما للدفع بعدم الدستورية من صلة بالنظام العام الدستورى(٢).

ويتبين لنا من خلال كل ما سبق مدى سعة رخصة التصدى التى تتمتع بها المحكمة الدستورية النمسوية. وهذه الرخصة تجد أساسها

(١) راجع تقرير المحكمة الدستورية النمسوية إلى "المؤتمر السابع للمحاكم الدستورية ، المرجع السابق. ص ٧٩

(٢) راجع فى ذلك تقرير المحكمة الدستورية النمسوية سالف الذكر، ص ٧٢.

بدون شك فى الصفة العينية للدعوى الدستورية. وفى تعلق الدفع بعدم الدستورية بالنظام العام.

المطلب الثانى: رخصة التصدى فى القانون الألمانى.

تمارس المحكمة الدستورية الألمانية رخصتها فى التصدى فى إطار ما يرفع أمامها من دعاوى دستورية فردية Recours constitutionnel (دعاوى ضمانة الحقوق)، وكذلك فى إطار ما تمارسه من رقابة مجردة(١) وأخرى محددة(٢) على دستورية القوانين.

ومع ذلك فإن استعمال المحكمة الدستورية لرخصتها فى التصدى يكثر فى الدعاوى الدستورية الفردية (دعاوى ضمانة الحقوق). نظراً للطابع الشخصى لهذه الدعاوى، حيث يرفعها الأفراد للمطالبة بإلغاء ما يصدر عن

---

(١) الرقابة المجردة هى نوع من الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين تمارسها المحاكم الدستورية فى كل من ألمانيا والنمسا وإسبانيا والبرتغال وإيطاليا، بناء على طلب بعض السلطات العامة فى الدولة إذا ما ثار خلاف فى الآراء حول التطبيق العملى للقاعدة المطعون فيها، ودون أن ترتبط هذه الرقابة بدعوى منظورة أمام المحاكم، ولذلك فإن لشرط المصلحة فى الدعاوى المرفوعة فى إطار هذا النوع من الرقابة مفهوماً مختلفاً عن مفهوم المصلحة فى إطار الرقابة اللاحقة المرتبطة بنزاعات منظورة أمام القضاء أو فى إطار الدعوى الأصلية بعدم الدستورية. وتتحرك الرقابة المجردة فى القانون الألمانى بناء على طلب من الحكمة الاتحادية وحكومات المقاطعات الألمانية، وثلث أعضاء البرلمان الاتحادى الألمانى (البوندستاج).

(٢) أما الرقابة المحددة (contrôle concret) فهى التى تتم بمناسبة حالة معينة من حالات تطبيق القاعدة القانونية محل الطعن فى دستوريتها؛ مرفوع بشأنها دعوى أمام المحاكم العادية. وفى إطار هذا النوع من الرقابة يكون للطاعن دائماً مصلحة شخصية من وراء إلغاء القاعدة القانونية الطعينة. وهذا النوع من الرقابة تعرفه كل دول العالم التى توجد بها نظم للرقابة اللاحقة على دستورية القوانين، ومن بينها مصر.

راجع بشأن نوعى الرقابة المجردة والرقابة المحددة وتطبيقاتهما فى معظم النظام القانونية:

- أعمال المؤتمر السابع للمحاكم الدستورية الأوروبية المنعقدة فى لشبونه من ٢٦ إلى ٣٠ إبريل ١٩٨٧، مرجع سابق.
- دكتور أحمد فتحى سرور، الحماية الدستورية ، المرجع السابق، ص ١٥٤ وما بعدها.
- **Louis FAVOREU Model american et model européen du contrôle de constitutionnalité. A.I.J.C. 1988, PP. 51 et ss.**

السلطات العامة من أعمال قانونية (قوانين وقرارات إدارية لائحية، وأحكام قضائية) يدعون بانتهاكها حقوقهم الأساسية الثابتة بالدستور(١).

وفي جميع الحالات فإن استعمال المحكمة الدستورية لرخصتها في التصدي يمكن أن يمثل فرصة بالنسبة للمحكمة للخروج عن نطاق النزاع الأصلي ، وذلك عن طريق التصدي لبحث مدى دستورية بعض القواعد التي لم يشملها الطعن الأصلي. بحيث تبدو المحكمة وكأنها قد انعقدت من تلقاء نفسها لبحث مدى دستورية تشريع معين.

ونعرض فيما يلي لتفاصيل ما سبق وذلك في فرعين متتاليين على النحو التالي:

الفرع الأول: استعمال المحكمة الدستورية لرخصة التصدي في إطار الدعوى الفردية بعدم الدستورية "دعوى ضمانة الحقوق" .

الفرع الثاني: حالات خروج المحكمة الدستورية عن إطار النزاع الأصلي.

الفرع الأول: استعمال المحكمة الدستورية الألمانية لرخصة التصدي في إطار الدعوى الفردية بعدم الدستورية "دعوى ضمانة الحقوق".

أقر المشرع الألماني أسلوب "دعوى ضمانة الحقوق" في قانون المحكمة الدستورية الصادر في ١٢ مارس ١٩٥١. ثم بدأ النص على هذا النوع من الدعاوى الدستورية في الدستور الألماني بمقتضى التعديل الذي خضع له في ٢٩ يناير ١٩٦٩.

(١) سنعود للحديث عن هذا النوع من الدعاوى عند تناولنا لموضوع "دعوى ضمانة الحقوق" التي تمثل إستثناءاً على مبدأ عينية الدعوى الدستورية.

وطبقاً للفقرة الأولى من المادة ٩٠ من قانون المحكمة الدستورية يمكن لأى من الأفراد أن يتوجه إلى المحكمة الدستورية مباشرة طالباً منها إلغاء أحد القرارات الإدارية أو أحد الأحكام القضائية النهائية أو أحد القوانين إذا قدر أن من شأن القرار أو الحكم أو القانون انتهاك حق من حقوقه الأساسية. ويقدم الطعن خلال شهر من تاريخ علم صاحب المصلحة بالقرار الإدارى أو الحكم القضائى. وخلال عام من تاريخ دخول القانون فى التطبيق. وبطبيعة الحال لابد وأن يكون الطاعن قد استنفذ طرق الطعن المتاحة فى القرار الإدارى والحكم القضائى بحيث يكونان قد أصبحا نهائيين. وفى جميع الحالات لا يقبل الطعن إلا إذا كانت هناك مصلحة حالة ومباشرة يبغى الطاعن حمايتها من خلال طعنه[1].

وخلال نظر "دعوى ضمانة الحقوق" يمكن للمحكمة الدستورية أن تتصدى لبحث مدى دستورية أية قاعدة تشريعية يثور لديها للشك فى دستوريتها. هذه القاعدة قد يتضمنها القانون موضوع الدعوى الفردية بعدم الدستورية فى حالة كون هذا القانون هو محل الطعن. وقد يتضمنها القانون الذى صدر على أساسه القرار الإدارى أو الحكم القضائى موضوع الطعن فى الدعوى الدستورية (دعوى ضمانة الحقوق). وفى جميع الحالات فإن المبدأ العام هو أن استخدام المحكمة لرخصتها فى التصدى يكون فى إطار الدعوى الفردية بعدم الدستورية، وبالقدر اللازم لحل النزاع كما حددته طلبات المدعى فيها؛ وبالتالى فإن عدم الدستورية فى حالة انتهاء المحكمة إليها لا

(١) لمزيد من التفاصيل حول أسلوب الدعوى الدستورية الفردية فى القانون الألمانى، راجع :

- **Jean-Claude BEGUIN: le contrôle de la constitutionnalité des lois en République fédérale d'Allemagne, paris, Economica, 1982, pp. 105 et ss.**

ينبغي أن تصيب إلا الأجزاء من القانون التي من شأنها المساس بأحد الحقوق الأساسية للطاعن(١).

ومع ذلك يحدث كثيراً أن تمنح المحكمة الدستورية الألمانية لنفسها الحق في الخروج تماماً عن إطار النزاع الأصلي فتتصدى لبحث مدى دستورية قواعد تشريعية لا يكون بحثها لازماً لحل النزاع الأصلي، فتبدو من خلال ذلك وكأنها تنعقد من تلقاء نفسها لبحث مدى دستورية التشريعات. وهذا ما سوف نعرض له في النقطة التالية.

الفرع الثاني: حالات تصدى المحكمة الدستورية الألمانية لبحث مدى دستورية بعض النصوص منبته الصلة بالنزاع المعروض عليها.

تخرج المحكمة الدستورية الألمانية في فروض كثيرة عن إطار النزاع الأصلي المعروض عليها، فتتصدى لبحث مدى دستورية بعض القواعد التشريعية منبته الصلة بهذا النزاع، بحيث تبدو في نهاية الأمر وكأنها تنعقد من تلقاء نفسها للفصل في دستورية القوانين. ويحدث هذا ليس فقط في إطار الدعوى الدستورية الفردية، ولكن كذلك عند ممارسة دورها في الرقابة المجردة والمحددة على دستورية القوانين(٢).

وتلجأ المحكمة الدستورية إلى ذلك عندما يتبين لها أنه لا يمكن الفصل بين الجزء المقضي بعدم دستوريته من التشريع الخاضع لرقابتها وبقية أجزاء هذا التشريع. بحيث يترتب على عدم دستورية هذا الجزء ضرورة إسقاط بقية أجزاء التشريع: ومثال ذلك ما قضت به المحكمة في حكمها الصادر في ٢٥

---

(١) جان كلود بيجين ، المرجع السابق، ص ١١٢.

(٢) أشرنا فيما سبق لمعنى الرقابة المجردة والرقابة المحددة على دستورية القوانين.

يونيو ١٩٦٩ من عدم دستورية المادة الأولى من القانون الفيدرالى الصادر فى ٧ يوليو ١٩٦٥، والتى كانت تحدد الشروط الواجب توافرها للحصول على لقب "مهندس" Ingénieur ، وذلك على أساس أن تنظيم مهنة المهندس ليست من المسائل الداخلة فى نطاق اختصاص القوانين الفيدرالية. ولكن لما كانت المادة الأولى من القانون المذكور هى بمثابة القلب بالنسبة لهذا القانون، فقد قضت المحكمة بعدم دستورية مجمل أحكامه(١).

وقد سبق ورأينا أن هذه السياسة القضائية من جانب المحكمة الدستورية الألمانية تتبعها كذلك المحكمة الدستورية النمسوية(٢)، كما تنص بها المادة ٢٢ من القانون الأساسى المتعلق بالمجلس الدستورى الفرنسى مع الاختلاف فى طبيعة الرقابة التى يمارسها هذا الأخير(٣).

وفى حالات أخرى تذهب المحكمة الدستورية الألمانية إلى أبعد مما سبق بكثير فى خروجها عن إطار الدعوى المعروضة عليها.

- فمن ناحية يمكن للمحكمة الدستورية أن تقوم — فى إطار دعوى ضمانة الحقوق— بإعادة صياغة الطلب الذى افتتح به الطاعن الدعوى أمامها: فقد يحدث مثلاً أن ينصب الطعن وطلبات المدعى على مهاجمة قاعدة فى قانون قائم بالفعل، فيبدو للمحكمة من خلال البحث أن القانون ينطوى على عيب دستورى آخر يتمثل فى عدم احتوائه على قاعدة أو أكثر كان لابد وأن

---

(١) جان كلود بيجين، الرقابة على دستورية القوانين فى جمهورية ألمانيا الفيدرالية، مرجع سابق، ص ١٧٥، هامش ٣.

(٢) راجع ما سبق بهذا الخصوص.

(٣) تنص المادة ٢٢ من القانون الأساسى رقم ٥٨ — ١٠٦٧ الصادر فى ٧ نوفمبر ١٩٥٨. والمتعلق بالمجلس الدستورى الفرنسى على أنه " فى الحالات التى ينتهى فيها المجلس الدستورى إلى أن القانون الخاضع لرقابته يحتوى على حكم مخالف للدستور ولا يمكن فصله عن بقية القانون، فإن هذا القانون لا يمكن إصداره".

يتضمنها لكى يكتمل تنظيمه للمسألة التى صدر من أجل تنظيمها. وبالتالى فإن المحكمة تكون قد انتقلت إلى وجه آخر من وجوه الرقابة على دستورية القوانين يتمثل فى إدانة امتناع المشرع جزئياً عن ممارسة اختصاصه التشريعى، وهو ما لم يفكر فيه الطاعن فى طلبه الذى افتتح به الخصومة(١).

- ومن ناحية أخرى، كثيراً ما تلجأ المحكمة الدستورية إلى نص المادة ٧٨ من قانون إنشائها للبحث فى القانون الخاضع لرقابتها عن أحكام أخرى مخالفة للدستور أو القوانين الفيدرالية الأخرى خلاف الأحكام التى أثار الطاعن عدم دستوريتها فى ا لطلب الذى افتتح به دعواه. وتنص المادة ٧٨ من قانون المحكمة الدستورية على أنه "إذا احتوى القانون الخاضع للرقابة على أحكام أخرى مخالفة للدستور أو للقوانين الفيدرالية الأخرى، يمكن للمحكمة الدستورية الفيدرالية أن تقضى بإلغائها".

وكثيراً ما تلجأ المحكمة الدستورية إلى توسيع نطاق العمل بهذه المادة لتشمل كافة أنواع الدعاوى الدستورية المرفوعة أمامها، فى حين أن هذه المادة صيغت لتطبق أساساً على الدعاوى التى تنظرها المحكمة فى إطار ما تمارسه من رقابة محددة على دستورية القوانين (٢).

ومما سبق يبدو أن المحكمة الدستورية الألمانية تبدى شجاعة هائلة فى التصدى لحالات عدم الدستورية حتى ولو أدى بها ذلك إلى الخروج عن نطاق الدعوى ا لمرفوعة أمامها. ويبدو أن المحكمة تكون مدفوعة فى ذلك

---

(١) راجع فى ذلك :

- C. GRWE, subjectivité et objectivité dans le contentieux de la cour de karlsruhe, revue "droits" , No. 9 , 1989, P. 141.

(٢) راجع فى ذلك :

- C. GRWE, op – cit, P. 134.
- جان كلود بيجين، المرجع السابق، ص ١٦٥ وما بعدها.

بفكرة النظام العام الدستورى الذى يجعلها تعمل دائماً على تأكيد الصفة العينية للدعوى الدستورية حتى فى الحالات التى تمارس فيها نوعاً من الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين، التى تبدو المصلحة الشخصية للطاعن فيها هى المحرك الأول لها.

المطلب الثالث: رخصة التصدي فى القانون الإسبانى.

تختص المحكمة الدستورية الإسبانية -وفقاً للمادة ١٦١ من الدستور الإسبانى- بمراقبة دستورية القوانين وما يأخذ حكمها من التشريعات الأخرى. وتختص علاوة على ذلك بالنظر فى مسائل تنازع الاختصاص بين أجهزة الحكومة المركزية من ناحية وأجهزة الحكم المحلى من ناحية أخرى، حيث تعيش إسبانيا حالة من اللامركزية الإدارية المتطورة تبدو من خلالها كدولة شبة فيدرالية Etat semi-fédéral.

ووفقاً للقانون المتعلق بالمحكمة الدستورية الإسبانية تنظر هذه الأخيرة فى الدعاوى المتعلقة بدستورية القوانين وتلك الخاصة بتنازع الاختصاص بكامل دوائرها En Assemblée bleniere . أما الدوائر الأخرى فى المحكمة،وهى عبارة عن دائرتين فتختص بالنظر فى "دعاوى ضمانة الحقوق" Recours d`ambaro التى يهدف أصحابها من وراء رفعها إلى حماية ما ضمنه لهم الدستور من حقوق أساسية وردت بالمواد من ١٠ إلى ٥٥ منه.

ونعرض فيما يلى لكيفية تصدى المحكمة الدستورية الإسبانية لبحث مدى دستورية التشريعات فى إطار دعوى ضمانة الحقوق. ثم نعقب ذلك بالحديث عن حالات إنعقاد الجمعية العمومية للمحكمة الدستورية من تلقاء

نفسها لبحث مدى دستورية التشريعات. وسيكون ذلك في نقطتين متتاليتين.

الفرع الأول: تصدي المحكمة الدستورية الإسبانية لبحث مدى دستورية التشريعات في إطار دعوى ضمانة الحقوق.

يمثل النظر في الدعاوى الدستورية الفردية (دعاوى ضمانة الحقوق) الاختصاص الثالث للمحكمة الدستورية الإسبانية بمقتضى الفقرة الأولى من المادة ١٦١ من دستور إسبانيا الحالي والصادر في عام١٩٧٨. وفي الحالات التي تقدر فيها أهمية بعض الدعاوى الدستورية الفردية، يمكنها أن تقرر النظر فيها بكامل دوائرها والدعاوى الدستورية الفردية بهدف رافعوها من ورائها الدفاع عن حقوقهم الأساسية المنتهكة بواسطة القرارات الإدارية، والأحكام القضائية التي استنفذوا طرق الطعن فيها، علاوة على الأعمال البرلمانية Actes parlementaires التي ليست لها صفة القوانين. ويعني ذلك أن هذا النوع من الدعاوى لا يمكن أن يكون محل الطعن فيه أحد القوانين بالمفهوم الشكلي للكلمة (١)، حيث المستهدف غالباً هي القرارات الإدارية والأحكام القضائية النهائية وذلك دون الأعمال البرلمانية (٢).

وتمارس المحكمة الدستورية الإسبانية رخصتها في التصدي من خلال ما يرفع أمامها من دعاوى دستورية فردية بالمعنى السابق. فيمكنها أثناء نظر الدعوى التصدي لبحث مدى دستورية أي تشريع يكون القرار الإداري أو الحكم القضائي المطعون فيه قد صدر استناداً إليه، وذلك بالطبع بعد أن

---

(١) راجع بشأن الدعاوى الدستورية الفردية في إسبانيا راجع:
- Pierre Bon, Franc MODERNE et Yves RODRIGUEZ : la justice constitutionnelle en Espagne, paris, Economica, 1984, pp. 107 et ss.

(٢) بييربون ، فرنك مودرن، وإيف رودريجويز ، المرجع السابق، ص ١٣٥.

يكون الشك قد ثار لدى المحكمة فى دستورية هذا التشريع لأن الدعوى الدستورية الفردية ليست موجهة أصلاً ضد هذا التشريع ، وإنما هى موجهة ضد القرار الإدارى أو الحكم القضائى الصادر استناداً إليه.

وفى حالة انتهاء المحكمة إلى عدم دستورية التشريع فإنها تقضى بعدم دستورية القرار الإدارى أو الحكم القضائى، وذلك دون المساس بالتشريع الذى تصدت لبحث مدى دستوريته وانتهت إلى مخالفته لأحكام الدستور. وكل ما يمكن عمله من جانب الدائرة التى انتهت إلى ذلك هو أن تتصرف فى الموضوع كأية محكمة عادية، بمعنى أنه ينبغى عليها — وفقاً للفقرة الثانية من المادة ٥٥ من قانون المحكمة الدستورية — أن تحيل المسألة إلى المحكمة الدستورية لمعاودة النظر فى مدى دستورية التشريع عن طريق دوائرها مجتمعة (١).

الفرع الثانى: حالات انعقاد الجمعية العمومية للمحكمة الدستورية من تلقاء نفسها لبحث مدى دستورية التشريعات.

الملاحظ أن الدوائر المجتمعة للمحكمة الدستورية الإسبانية غالباً ما تلتزم . أثناء نظر الدفع بعدم الدستورية المحال إليها من الدائرة التى نظرت الدعوى الدستورية الفردية. بإطار وموضوع النزاع الأصلى فى الدعوى الدستورية الفردية.

ومع ذلك فإن الجمعية العمومية يمكنها أن تخرج عن إطار الدعوى الأصلية. وذلك عن طريق المبادرة بالتصدى لبحث مدى دستورية أحكام أخرى فى القانون المحال إليها لم ترد فى طلب الإحالة الموجه من الدائرة

(١) بيربون ، فرنك مودرن، وإيف رودريجويز ، المرجع السابق، ص ١١٤.

التى نظرت الدعوى الدستورية الفردية. وفى هذه الحالة تبدو الجمعية العمومية للمحكمة الدستورية وكأنها قد انعقدت من تلقاء نفسها لبحث مدى دستورية جزء من تشريع لم يطلب إليها أحد النظر فى دستوريته. لأن المطلوب منها فى طلب الإحالة هو بحث مدى دستورية الجزء من التشريع المشكوك فى دستوريته والذى على أساسه صدر القرار الإدارى أو الحكم القضائى الذى يدعى الطاعن أنه يمس أحد حقوقه الأساسية ولا حيله له بشأنه لاستنفاذ طرق الطعن فيه.

ويبدو أن ما يدفع الجمعية العمومية إلى ذلك هو ما ورد بالفقرة الأولى من المادة ٣٩ من قانون المحكمة الدستورية التى تقضى بإمكانية أن يشتمل الحكم الصادر بعدم الدستورية على إلغاء الأجزاء من التشريع غير الواردة بالطعن إلى جانب الأجزاء التى وردت فيه وينصب عليها إذا لم يكن من الممكن فصل أجزاء التشريع عن بعضها، بحيث يؤدى الحكم بعدم دستورية جزء منه إلى إتلاف بقية أجزائه (١).

وعلاوة على ذلك فإن الجمعية العمومية للمحكمة الدستورية الإسبانية غالباً ما تستند كذلك إلى نص الفقرة الأولى سالفة الذكر من المادة٥٥ من قانون إنشائها لتوسيع نطاق الدعوى المعروضة عليها، أو بالأحرى للخروج عن نطاق هذه الدعوى، عن طريق التصدى لبحث مدى دستورية أجزاء التشريع الخاضع لرقابتها التى لم ترد أصلاً فى عريضة الطعن المنظور

---

(١) تنص الفقرة الأولى من المادة ٣٩ من قانون المحكمة الدستورية الإسبانية على أنه :

" lorsque l'arrêt déclare l'inconstitutionnalité, il déclare également la nullité des percepts déférés de même que, le cas échéant, celle des autres percepts de la même loi, disposition ou acte ayant force de loi auxquels la nullité doit être étendue par voie de connexité ou à titre de conséquence".

أمامها، وذلك فى إطار ما تمارسه من رقابة على دستورية القوانين عن طريق الدعوى الأصلية recours d'inconstitutionnalité، أو عن طريق الدفع بعدم الدستورية Question d'inconstitutionnalité (١).

وهكذا يبدو أن فكرة الحقوق الأساسية التى هى أساس التدرج المادى بين القواعد الدستورية بالمعنى الذى سبق وعرضنا له، قد اتخذها المشرع الإسبانى أساساً لمنح المحكمة الدستورية الإسبانية الحق فى التصدى لبحث مدى دستورية التشريعات المخالفة للدستور فى إطار الدعوى الدستورية الفردية السابق عرضها، كما أن تعلق قواعد الدستور فى مجملها بالنظام العام تتخذه، الجمعية العمومية للمحكمة الدستورية الإسبانية أساساً للخروج عن نطاق الطعن المعروض عليها، وذلك بالتصدى لبحث دستورية أجزاء من التشريع لم ترد بالطعن المعروض عليها ولا صلة لها بالنزاع الأصلى.

المطلب الرابع : رخصة التصدى فى القانون المصرى

تمارس المحكمة الدستورية العليا فى مصر نوعاً من الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين. وتنص المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ المتعلق بهذه المحكمة على أن: "تتولى المحكمة الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح على الوجه التالى:

(أ) إذا تراءى لإحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائى أثناء نظر إحدى الدعاوى عدم دستورية نص فى قانون أو لائحة لازمة للفصل فى النزاع، أوقفت الدعوى وأحالت الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل فى المسألة الدستورية.

(١) راجع تقرير المحكمة الدستورية سالف الذكر، ص ١٣١.

(ب) إذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر الدعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدي أجلت نظر الدعوى وحددت لمن أثار الدفع ميعاداً لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا. فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن .

وتنص المادة ٢٧ من ذات القانون على أنه: "يجوز للمحكمة في جميع الحالات أن تقضي بعدم دستورية أي نص في قانون أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصاتها ويتصل بالنزاع المطروح عليها وذلك بعد اتباع الإجراءات المقررة لتحضير الدعاوى الدستورية ".

ومن خلال هذه النصوص يتبين لنا أن اتصال المحكمة الدستورية العليا بالدعوى الدستورية يمكن أن يتم من خلال الصور الثلاث الآتية(١):

- الدفع بعدم الدستورية أمام محكمة الموضوع.
- الإحالة من محكمة الموضوع إلى المحكمة الدستورية العليا.
- تصدي المحكمة الدستورية العليا من تلقاء نفسها لبحث مدى دستورية قانون أو لائحة.

وتعالج المادة ٢٧ سالفة الذكر من قانون المحكمة الصورة الثالثة من صور اتصال المحكمة الدستورية بالدعوى الدستورية، وهي الصورة الناتجة عن

(١) لمزيد من التفاصيل حول أساليب تحريك الرقابة على دستورية القوانين أمام المحكمة الدستورية العليا، راجع على وجه الخصوص:
- دكتور رمزي الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، مرجع سابق، ص ٥٧٧ وما بعدها .
- دكتور عادل عمر شريف، المرجع السابق، ص ٣٨٨ وما بعدها.

تصدى المحكمة الدستورية من تلقاء نفسها لإثارة عدم دستورية أى نص فى قانون أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارسة أحد اختصاصاتها بشرط أن يكون متصلاً بالنزاع المطروح عليها.

وكما هو واضح فإن استخدام المحكمة الدستورية العليا لحقها فى التصدى لعدم دستورية نص فى قانون أو لائحة مشروط بوجود نزاع مطروح على المحكمة يتصل بممارسة واحد من اختصاصاتها الخمسة التى حددها دستور ١٩٧١ وقانون إنشائها[1]، وأن يكون النص موضوع التصدى ذا صلة بهذا النزاع، بحيث إذا تبين لها وهى بصدد ممارسة واحد من اختصاصاتها وجود نص غير دستورى فى قانون أو لائحة ولكنه مقطوع الصلة بموضوع النزاع المطروح عليها فإنه يمتنع عليها أن تتصدى لإثارة عدم دستوريته.

وفى ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا بأنه: "لا محل لما يطلبه المدعى من إعمال المحكمة لرخصة التصدى لعدم دستورية القرار بقانون المطعون عليه طبقاً لما تقضى به المادة ٢٧ من قانونها، ذلك أن أعمال هذه

---

(١) ويخلص من نصوص دستور ١٩٧١ وقانون إنشاء المحكمة رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ أن المحكمة الدستورية العليا تمارس أنواعًا من الاختصاص وردت على سبيل الحصر بالدستور وبقانون المحكمة الدستورية العليا. وهذه الاختصاصات هى:

١- الرقابة القضائية على دستورية القوانين عملاً بالمادة ١٧٥ من الدستور والمادة ٢٥ (أولا) من قانون المحكمة الدستورية العليا.

٢- تفسير النصوص التشريعية عملا بالمادة ١٧٥ من الدستور والمادة ٢٦ من قانون المحكمة الدستورية العليا.

٣- الفصل ف تنازع الاختصاص القضائى الإيجابى والسلبى عملاً بالمادة ٢٥ (ثانيا) من قانون المحكمة الدستورية العليا.

٤- الفصل فى النزاعات المتعلقة بتنفيذ الأحكام القضائية النهائية المتناقضة عملا بالمادة ٢٥ (ثالثا) من قانون المحكمة الدستورية العليا.

٥- الفصل فى كافة المنازعات المتعلقة بتنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة من المحكمة الدستورية ذاتها عملاً بالمادة ٥٠ من قانون المحكمة الدستورية.

الرخصة المقررة للمحكمة طبقاً للمادة المذكورة منوط بأن يكون النص الذى يرد عليه التصدى متصلاً بنزاع مطروح عليها. فإذا انتفى قيام النزاع أمامها — كما هو الحال فى الدعوى الراهنة التى انتهت المحكمة من قبل إلى عدم قبولها — فلا يكون لرخصة التصدى سند يسوغ إعمالها "[١].

وقضت المحكمة الدستورية العليا كذلك بأنه: " لا محل لما يثيره المدعى من أن للمحكمة الدستورية رخصة التصدى لعدم دستورية النص المطعون فيه طبقاً للمادة ٢٧ من قانونها والتى تنص على أنه "يجوز للمحكمة فى جميع الحالات أن تقضى بعدم دستورية أى نص فى قانون أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصاتها ويتصل بالنزاع المطروح عليها... ، وذلك أن أعمال هذه الرخصة المقررة طبقاً للمادة المذكورة منوط بأن يكون الحكم الذى يرد عليه التصدى متصلاً بنزاع مطروح عليها، فإذا انتفى قيام النزاع أمامها كما هو الحال فى الدعوى الراهنة التى انتهت المحكمة من قبل إلى انتهاء الخصومة فيها، ومن ثم فلا يكون لرخصة التصدى سند يسوغ إعمالها "[٢].

ومن الملاحظ أن مجرد استعمال المحكمة الدستورية لرخصتها فى التصدى لنص فى قانون أو لائحة لا يعنى الحكم بعدم دستوريته، إذ يتعين على المحكمة — وفقاً للمادة ٢٧ من قانونها — أن تقوم باتباع الإجراءات اللازمة لتحضير الدعوى الدستورية، وذلك عن طريق إحالة أوراق الدعوى إلى هيئة المفوضين لكى تقوم بتهيئة الدعوى الدستورية وإبداء الرأى

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم ١ لسنة ٦ قضائية "دستورية" ، جلسة ٢١ ديسمبر ١٩٨٥، مجموعة أحكام المحكمة، الجزء الثالث، ص ٤٤٨.

(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم ٤٨ لسنة ٣ قضائية "دستورية" ، جلسة ١٩٨٣/٦/١١، مجموعة أحكام المحكمة، الجزء الثانى، ص ١٤٨.

القانونى فى المسألة، وإذا ما تم ذلك باشرت المحكمة الدستورية الفصل فى مسألة عدم الدستورية وفقاً للإجراءات المعتادة.

وكما هو واضح من نص المادة ٢٧ من قانون المحكمة الدستورية العليا، وما صدر عن هذه الأخيرة من قضاء تطبيقاً لهذا النص فإن استعمال المحكمة لرخصتها فى التصدى مرهون بوجود نزاع أمامها، علاوة على كون النص المُتصدى له متصلاً بهذا النزاع. وفى سبيل تحديد ماهية هذه الصلة انقسم من اهتم بهذه المسألة من الفقهاء المصريين إلى فريقين[١]:

ويرى أنصار الفريق الأول أن الصلة المقصودة هنا تعنى ضرورة أن يكون بحث مدى دستورية النص المتصدى له لازماً للفصل فى النزاع المعروض على المحكمة[٢].

أما أنصار الفريق الثانى فيرون أن نص المادة ٢٧ من قانون المحكمة الدستورية العليا يكتفى بمجرد قيام صلة بين النص الذى يرد عليه التصدى والنزاع المعروض على المحكمة، ويفسرون عبارة "يتصل بالنزاع المطروح عليها" التى استخدمتها المادة ٢٧ من قانون المحكمة بأنها تعبير عن رغبة المشرع فى التوسيع من حالات التصدى وتقديم المزيد من الضمانات فى مجال الشرعية الدستورية[٣].

---

(١) أشار إلى هذا الخلاف الفقهى الأستاذ الدكتور إبراهيم محمد على فى بحثه حول "شرط المصلحة فى الدعوى الدستورية" المرجع السابق، ص ١٠٧ – ١٠٩.

(٢) راجع فى ذلك:
– دكتور طعيمة الجرف، القضاء الدستورى، ١٩٩٤، ص ١٧٣ ، ذكره دكتور إبراهيم محمد على، المرجع السابق، ص ١٠٨ ، هامش (١).

(٣) من هذا الرأى دكتور إبراهيم محمد على ، المرجع السابق، ص ١٠٩، ويشاركه فى هذا الرأى جمع من الفقهاء أشار إليهم فى هامش (١) من ذات الصفحة وهم :
– دكتور عادل عمر شريف ، قضاء الدستورية، المرجع السابق، ص ٤١١.

ونحن نميل إلى الرأى الأول. لأنه يقدم تفسيراً أكثر دقة لنص المادة ٢٧ من قانون المحكمة الدستورية العليا المنظم لرخصة التصدى: فالصلة المعنية بين النص المتصدى له والنزاع المعروض على المحكمة لا يمكن أن تكون سوى أن الفصل فى مدى دستورية هذا النص أمراً لازماً لحسم النزاع المعروض عليها. ولأن أنصار الاتجاه الثانى قد اكتفوا بمجرد وجود صلة بين النص المتصدى له والنزاع المطروح على المحكمة دون بيان ماهية هذه الصلة، بحيث إن التسليم بما ذهبوا إليه يعنى شيئاً واحداً وهو أن الصلة المقصودة ليست سوى "المناسبة" أو "الفرصة" التى أتاحها النزاع المطروح على المحكمة لهذه الأخيرة من أجل التصدى لبحث مدى دستورية نص تشريعى عرض لها بمناسبة حسم النزاع المعروض عليها.

وهو ما ذهب إليه جانب من مؤيدى توسيع نطاق رخصة التصدى التى تتمتع بها المحكمة الدستورية العليا. والذين فسروا عبارة "بمناسبة" ممارسة اختصاصتها" التى استخدمتها المادة ٢٧ من قانون المحكمة عند تنظيم رخصة التصدى، على أنها تسمح للمحكمة بممارسة هذه الرخصة حتى فى الحالات التى تقضى فيها بعدم قبول الدعوى المرفوعة أمامها لتخلف شروطها [(١)].

و لا يخفى علينا أن التسليم بذلك يعنى أن المحكمة الدستورية يمكنها أن تنعقد من تلقاء نفسها لبحث مدى دستورية نص تشريعى أو لائحى لم يطلب منها أحد بحث مدى دستوريته، ولا يلزم البحث فيه خدمة النزاع المطروح عليها. ولا شك أن المحكمة الدستورية العليا ذاتها قد نفت عن

---

(١) راجع فى ذلك دكتور رمزى الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستورى، المرجع السابق، ص ٦٠٠.
– دكتور صلاح الدين فوزى، الدعوى الدستورية، ١٩٩٤، ص ٩٧.
– دكتور وهيب عياد سلامة، أسلوب إصدار المحكمة الدستورية العليا لأحكامها، ١٩٩٢، ص ٢٦.

نفسها -فى أكثر من حكم صدر عنها- إمكانية أن تنعقد ذاتياً للبحث فى مدى دستورية القوانين، أو أن يتخذ الطعن المرفوع أمامها شكل دعوى أصلية بعدم الدستورية.

وفى حكمها الصادر فى القضية رقم ١ لسنة ١٥ قضائية دستورية تقول المحكمة الدستورية العليا إن:

"قانون هذه المحكمة قد نظم بالمادتين ٢٧و ٢٩ الطرائق التى لا تقبل الدعوى الدستوريه إلا بوجوبها. وكان البين من هاتين المادتين أن كلتيهما لا تخولان الأشخاص الاعتبارية أو الأشخاص الطبيعيين الطعن فى النصوص التشريعية بالطرق المباشر، ذلك أن أولاهما: ترخص للمحكمة الدستورية العليا -حين يُعرض لها بمناسبة ممارستها لاختصاصها - نص فى قانون أو لائحة يتصل بالنزاع المطروح عليها ، أن تحكم بعدم دستوريته بعد اتخاذ الإجراءات المقررة لتحضير الدعاوى الدستورية. وعملاً بثانيتهما: يجوز لمحكمة الموضوع، أن تحيل إلى المحكمة الدستورية العليا من تلقاء نفسها، نصاً تشريعياً لازماً للفصل فى النزاع المطروح عليها، وقدرت جدية هذا الدفع، بإقامة دعواه الدستورية ، خلال أجل لا يجاوز ثلاثة أشهر.

وبذلك يكون قانون المحكمة الدستورية العليا، قد استبعد بدلالة هاتين المادتين، الطعون المباشرة التى تقدم إليها من الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين عن طريق الدعوى الأصلية التى لا تتصل المسألة الدستورية التى تطرحها بأية منازعة موضوعية، بل تستقل تماماً عنها، هادفة من وراء

ذلك إلى إبطالها النصوص التشريعية المطعون عليها إبطالاً مجرداً توجبه المصلحة النظرية الصرفة، وهى مصلحة لا يجوز الارتكان اليها لقبول الدعوى الدستورية التى يجب أن تتمثل محصلتها النهائية، فى اجتناء منفعة يقرها القانون" [١].

ومع ذلك يمكن للمحكمة الدستورية أن تقضى بعدم دستورية النصوص المرتبطة بالنصوص المطعون عليها والتى يتقرر عدم دستوريتها متى كانت كل هذه النصوص تشكل معاً وحدة لا تتجزأ علماً بأنها تلجأ أحياناً –كما سوف نرى– الى مد أثر الحكم الصادر بعدم الدستورية الى نصوص لا يوجد بينها وبين النص المقضى بعدم دستوريته أى ارتباط يُذكر [٢].

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر بجلسة ٧ مايو ١٩٩٤ فى القضية رقم ١ لسنة ١٥ قضائية (دستورية)، مجموعة أحكام المحكمة، الجزء السادس، ق٢٤، ص٢٧٧.
وراجع كذلك دكتور عادل عمر شريف، قضاء الدستورية .... ، المرجع السابق، ص ٤٢٦ وما بعدها، وقد ذكر سيادته أحكاما أخرى أصدرتها المحكمة الدستورية فى هذا المعنى فى تواريخ سابقة.

(٢) سنعود للحديث عن هذه المسألة بصورة أكثر تفصيلا.

المبحث الثاني: مد أثر الأحكام الصادرة بعدم الدستورية لتشمل نصوصا أخرى لم يشملها الطعن الأصلي بعدم الدستورية.

رأينا فيما سبق كيف أن بعض المحاكم الدستورية تتوسع فى إعمال رخصتها في التصدى للنصوص غير الدستورية بصورة قد تسمح لها ببحث مدى دستورية نصوص تشريعية مُنبته الصلة بالنزاع المطروح عليها. بحيث تبدو فى نهاية المطاف وكأنها تنعقد من تلقاء نفسها للفصل فى دستورية التشريعات.

وقد تنتهى المحكمة الدستورية إلى دستورية التشريع الخاضع لرقابتها. وقد تنتهى الى عدم دستوريته. هذا لا يهم. إنما المهم أنها قد تصدت لبحث مدى دستورية نصوص تشريعية لم يطلب منها أحد البحث فى مدى دستوريتها إعمالاً لفكرة النظام العام الدستورى.

هذا وتتجلى فكرة النظام العام الدستورى بصورة أكبر فى حالة بعض الأحكام الصادرة بعدم دستورية النص أو النصوص الخاضعة لرقابة القاضى الدستورى: فقد تعمد بعض المحاكم الدستورية إلى مد أثر الحكم الذى أصدرته بعدم دستورية النص الخاضع لرقابتها ليشمل نصاً آخر أو نصوصاً أخرى لم تشملها عريضة الطعن المعروض عليها، وهو ما يعرف فى الفقه بعدم الدستورية بطريق التبعية أو عدم الدستورية بطريق الارتباط.

وهذا ما درجت عليه العديد من المحاكم الدستورية نختار من بينها اثنتين فقط لكى تكونا موضوعاً لدراستنا فى هذه النقطة. وهما المحكمة الدستورية الإيطالية والمحكمة الدستورية العليا فى مصر.

وفيما يلى نعرض لتفاصيل ذلك، فى مطلبين متتاليين على النحو التالى:

المطلب الأول: حالات عدم الدستورية بالتبعية فى قضاء المحكمة الدستورية الإيطالية.

المطلب الثاني: حالات عدم الدستورية بالتبعية فى قضاء المحكمة الدستورية العليا فى مصر.

المطلب الأول: حالات عدم الدستورية بالتبعية فى قضاء المحكمة الدستورية الإيطالية.

تنص الفقرة الأولى من المادة ٢٧ من القانون رقم ٨٧ الصادر فى ١١ مارس ١٩٥٣ والمتعلق بالمحكمة الدستورية الإيطالية على أنه: "عندما تتصل المحكمة الدستورية بدعوى، أو بطعن يتعلق بالمشروعية الدستورية لقانون أو لعمل قانونى له قوة القانون، فإنها تعلن في حدود النزاع المعروض عليها ما هى الأحكام التشريعية غير المشروعة ..." (١).

ولا يخفى علينا ما تفرضه هذه الفقرة من ضرورة تقيد المحكمة الدستورية بموضوع النزاع المعروض عليها أثناء إصدارها للحكم بدستورية أو بعدم دستورية القواعد المطعون عليها. وترسي هذه الفقرة مبدأ إجرائيا عاماً هو ضرورة تقيد القاضى بموضوع الطلب المعروض عليه Ultra- petita والذى سبق لنا عرضه عند الحديث عن موضوع الدفوع المتعلقة بالنظام

---

(١) "La cour constitutionnelle , quant elle accueille une instance ou un recours relatif à la question de légitimité constitutionnelle, d'une loi ou d'un acte ayant force de loi, déclare, dans les limites de la contestation, quelles sont les dispositions législatives illégitimes ...".

العام في ميدان الإجراءات أمام القضاء بصورة عامة. وهو ما يعرف كذلك بمبدأ "ثبات الطلب موضوع الدعوى" Immutabilité de la demande.

ويعبر عنه الفقه الدستوري بمبدأ "التناسق بين موضوع الدعوى والحكم الصادر فيها" Le principe de la correspondance entre la et la décision (١).

ومع ذلك فإن هذا المبدأ يرد عليه استثناء هام في ميدان القضاء الدستوري في إيطاليا أوردته الفقرة الثانية من المادة ٢٧ سالفة الذكر من قانون المحكمة الدستورية الإيطالية، والتي تنص على أنه "... وتعلن المحكمة، فضلاً عن ذلك، ما هي الأحكام الأخرى التي يمكن أن تصبح غير دستورية كنتيجة للحكم الصادر بعدم الدستورية (٢).

ونعرض فيما يلي لتفاصيل ما سبق، وذلك في فرعين متتاليين على النحو التالي:

الفرع الأول: مبدأ ضرورة التزام المحكمة الدستورية الإيطالية بحدود النزاع المعروض عليها.

الفرع الثاني: حالات عدم الدستورية بالتبعية في قضاء المحكمة الدستورية الإيطالية.

---

(١) راجع ما سبق بهذا الخصوص عند الحديث عن التصدى فى قضاء المحكمة الدستورية الإيطالية.

(٢) **"La cour déclare, en outré, quelles santé les autres dispositions législatives, dont l'illé gitimité dérive comme conséquence de la décision adoptée".**

الفرع الأول: مبدأ ضرورة تقيد المحكمة الدستورية الإيطالية بحدود النزاع المعروض عليها.

تمارس المحكمة الدستورية الإيطالية مجموعة من الاختصاصات حددتها نصوص الدستور الإيطالى وقانون إنشاء المحكمة (١).

فمن ناحية أولى -طبقاً للمادة ١٣٤ من الدستور الإيطالى- هى الهيئة المكلفة بالنظر فى المسائل المتعلقة بدستورية القوانين والأعمال التى لها قوة القانون، التى تسنها الدولة أو وحدات الإدارة المحلية.

ومن ناحية ثانية — وفقاً للمادة ١٣٤ من الدستور— تفصل المحكمة الدستورية فى مسائل تنازع الاختصاص بين أجهزة الدولة المختلفة من جانب وبين الدولة وأجهزة الإدارة المحلية من جانب آخر، وبين أجهزة الإدارة المحلية فيما بينها من جانب ثالث. وتقوم المحكمة وهى بصدد ممارسة هذا الاختصاص بتحديد الجهة المختصة وبإلغاء القرارات الصادرة عن الأجهزة غير المختصة بإصدارها.

وفى النهاية تختص المحكمة الدستورية الإيطالية وفقاً لقانون إنشائها بفحص طلبات الاستفتاء التى تهدف إلى تعديل أو إلغاء قواعد تشريعية قائمة بالفعل. علماً بأن طلبات الاستفتاء هذه يتم التوجه بها وفقاً للمادة٧٥ من الدستور الإيطالى بواسطة٥٠٠،٠٠٠ ناخب أو خمسة مجالس محلية(٢).

---

(١) راجع فى ذلك تقرير المحكمة الدستورية الإيطالية إلى "المؤتمر السابع للمحاكم الدستورية الأوروبية". المنعقد فى لشبونة فى الفترة ما بين ٢٦ و٣٠ إبريل ١٩٨٧، مرجع سابق، ص ١٦٦ – ١٦٧.

(٢) تنص المادة ٧٥ من الدستور الإيطالى على أنه: "يجرى استفتاء شعبى لتقرير إلغاء قانون أو عمل له قيمة القانون إلغاءاً كاملاً أو جزئياً، إذا طلب ذلك ٥٠٠,٠٠٠ ناخب أو خمسة مجالس إقليمية".

وتمارس المحكمة الدستورية الإيطالية اختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين وفق أسلوبين مختلفين: أسلوب الرقابة السابقة أو الوقائية أو المجردة من ناحية، وأسلوب الرقابة اللاحقة أو المحددة من ناحية أخرى.

وتمارس المحكمة رقابتها السابقة على دستورية القوانين في حالتين:

- الحالة الأولى، نصت عليها الفقرة الرابعة من المادة ١٢٧ من الدستور الإيطالي، التي تقضي بضرورة إخضاع القوانين التي تصدرها أجهزة وحدات الإدارة المحلية – سواء للمرة الأولى أو بعد قراءة ثانية بناء على طلب الحكومة – لرقابة المحكمة الدستورية بعد التصويت عليها وقبل دخولها في التطبيق.

- والحالة الثانية هي حالة خضوع طلبات الاستفتاء التي تهدف إلى تعديل أو إلغاء القوانين التشريعية لرقابة المحكمة. والرقابة هنا هي رقابة وقائية لأن دعوة الناخبين إلى الاستفتاء، وتاريخ الاستفتاء لا يمكن تحديدهما إلا بعد موافقة المحكمة على مبدأ الاستفتاء.

أما الرقابة اللاحقة فتمارسها المحكمة على القوانين وما يأخذ حكمها من الأعمال القانونية بعد التصديق عليها ودخولها في التطبيق. وتتحرك الرقابة اللاحقة وفق آليتين مختلفين:

* الآلية الأولى: هي آلية الدفع بعدم الدستورية Question d'inconstitutionnalité الذي يُثار أمام إحدى المحاكم العادية بمناسبة دعوى منظورة أمامها. فما يكون منها إلا أن توقف الفصل في الدعوى الموضوعية وتحيل الدفع إلى المحكمة الدستورية لتفصل فيه.

* أما الآلية الثانية، فهى آلية الدعوى الدستورية الأصلية action en inconstitutionnalité التى نصت عليها المادة ٢ من القانون الدستورى رقم ١ الصادر فى ٩ فبراير ١٩٤٨، وعن طريقها يمكن لأجهزة وحدات الإدارية المحلية الطعن فى دستورية القوانين التى تسنها الدولة والتى تم نشرها ووضعها موضع التنفيذ.

ويثور الحديث أكثر عن ضرورة تقيد المحكمة الدستورية بحدود النزاع المعروض عليها عملاً بمبدأ "الانسجام بين موضوع الدعوى والحكم الصادر فيها" بمناسبة ما تمارسه المحكمة الدستورية من رقابة على دستورية القوانين فى إطار الدفوع بعدم الدستورية المحالة إليها من المحاكم العادية والتى تكون قد أثيرت أمامها بمناسبة دعاوى موضوعية منظورة أمامها. لأن موضوع الدفع بعدم الدستورية يستقل قاضى الموضوع بتحديده فى أمر الإحالة ordonnance de renvoi الذى يتقدم به إلى المحكمة الدستورية بعد تعليق الفصل فى النزاع الأصلى ، والذى يحدد فيه بصورة واضحة تماماً الأحكام المشكوك فى دستوريتها من القانون الذى كان مطلوباً منه أن يطبقه على النزاع المعروض عليه، ووجوه عدم الدستورية والقواعد الدستورية المنتهكة، وهو ما تأمره به الفقرتان الأولى والثانية من المادة ٢٣ من القانون رقم ٨٧ الصادر فى ١١ مارس ١٩٥٣ والمتعلقة بالمحكمة الدستورية.

وبذلك تكون معالم "الطلب" موضوع الدفع بعدم الدستورية قد رسمت بصورة واضحة تماماً فى أمر الإحالة، بحيث يمتنع على المحكمة

الدستورية توسيع نطاق هذا الطلب عن طريق التصدى لإثارة حالات أخرى من عدم الدستورية بعيدة عن نطاق الطلب الأصلى (١).

ومع ذلك فإن التزام المحكمة الدستورية بهذا المسلك مشروط بأن يكون قاضى الموضوع قد وفّى هو الآخر بالالتزام الذى تلقيه على عاتقه المادة ٢٣ سالفة الذكر من قانون المحكمة الدستورية؛ بمعنى أن يكون قاضى الموضوع قد وضع يده تماماً على مسألة عدم الدستورية، فيحددها تحديداً دقيقاً يبتعد عن الغموض والتعميم ، حتى لا يُفهم من أمر الإحالة أن هناك أكثر من مسألة وليست مسألة واحدة.

وفى سبيل حمل قاضى الموضوع على تحرير أمر الإحالة بدقة متناهية، فإن المحكمة الدستورية العليا قد تلجأ إلى التوقف عند تسبيب قاضى الموضوع لقراره بإحالة الموضوع إلى المحكمة الدستورية؛ فإن لم تجده مؤسساً تماماً ومسبباً بصورة واضحة فإنها تلجأ إلى عدم قبول أمر الإحالة. ويساعد المحكمة الدستورية على ذلك أن المادة ١١ من الدستور الإيطالى تفرض ضرورة تسبيب كل ما يصدر من قرارات ذات طبيعة قضائية ، ولا شك فى الصفة القضائية لأمر الإحالة (٢).

الفرع الثاني: حالات عدم الدستورية بالتبعية فى قضاء المحكمة الدستورية الإيطالية.

ذكرنا فيما سبق الفقرة الثانية من المادة ٢٧ من قانون المحكمة الدستورية الإيطالية والتى تنص على أنه " .. وتعلن المحكمة، فضلاً عن ذلك. ما هى الأحكام الأخرى التى يمكن أن تصبح غير دستورية كنتيجة

(١) راجع فى ذلك تيرى دى مانو .. المجلس الدستورى والطلبات والدفوع المتعلقة بالنظام العام، مرجع سابق. ص ٨٤.

(٢) راجع تيرى دى مانو، المرجع السابق، ص ٨٤ – ٨٦.

للحكم الصادر بعدم الدستورية". وذلك بعد أن نصت فى الفقرة الأولى منها، على المحكمة الدستورية أن تعلن، فى حدود النزاع المعروض عليها، الأحكام التشريعية غير الدستورية من القانون موضوع الدعوى.

وكنا قد أشرنا إلى أن الفقرة الثانية من المادة ٢٧ سالفة الذكر من قانون المحكمة تدخل استثناءً هاماً على ضرورة التزام القاضى الدستورى بمبدأ الانسجام بين موضوع الدعوى والحكم الصادر فيها . و هو المبدأ الذى يفرض على المحكمة الدستورية عدم تخطى حدود الطلب المعروض عليها كما رأينا فى النقطة السابقة.

ويتمثل الاستثناء الذى أوردته الفقرة الأولى من المادة ٢٧ فى إمكانية أن تقوم هذه الأخيرة بتضمين الحكم الصادر عنها ما يفيد بأن قواعد تشريعية قد أصبحت غير دستورية بسبب الحكم بعدم دستورية ما خضع لرقابتها مبدئياً من قواعد تشريعية. ويحدث ذلك بالطبع إذا كانت هناك علاقة ظاهرة بين القاعدة موضوع الطلب الأصلى المقضى بدستوريتها، والقواعد التشريعية التى تتأكد عدم دستوريتها بطريق التبعية، ويتصور ذلك فى مجموعة من الحالات أهمها:

١- حالة وجود اتحاد فى مضمون القاعدة موضوع الطلب الأصلى المقضى بعدم دستوريتها والقواعد التى أصبحت غير دستورية بالتبعية.

٢- حالة ما إذا كانت القواعد غير الدستورية بالتبعية قد صدرت استناداً أو بالرجوع إلى القاعدة موضوع الطلب الأصلى المقضى بعدم دستوريتها.

٣- حالة ما إذا كانت هناك أحكام تشريعية دستورية في ذاتها، ولكنها تصبح غير دستورية كنتيجة للحكم الصادر بعدم دستورية أحكام معينة.

٤- حالة إذا ما نص الدستور على أن أحكاماً تشريعية معينة لا يمكن سنها إلا بعد أن تكون سنت أحكاماً تشريعية أخرى تكون بمثابة مقدمة لها. ومثال ذلك ما تنص عليه المادة ٨١ من الدستور من أن القانون الذي يصدر بالنص على نفقات عامة معينة لابد وأن يكون مسبوقاً بقانون آخر ينص على تدبير الغطاء المالي لتلك النفقات. وفي هذه الحالة إذا قُضي بعدم دستورية التشريع المحدد للغطاء المالي فإن المحكمة ينبغي عليها في ذات الوقت الحكم بعدم دستورية التشريع المحدد للنفقة العامة حتى ولو لم يُطلب إليها ذلك. وقد سبق للمحكمة الدستورية الإيطالية التأكيد على هذا المعنى في حكمها رقم ٣٤ و٣٧ الصادرين في عام ١٩٦١.

ومن الواضح أن عدم دستورية القاعدة غير المطعون فيها في الحالات الأولى والثانية والثالثة هي نتيجة تلقائية للحكم بعدم دستورية القاعدة الخاضعة للرقابة. أما في الحالة الرابعة فإن عدم دستورية القاعدة غير الخاضعة للرقابة (القاعدة التي أقرت النفقة العامة) فتعود إلى وجود نص في الدستور يقيم بينها وبين القاعدة التي خضعت للرقابة (القاعدة التي أقرت الغطاء المالي) رابطة لا تقبل الانفصال. وبالتالي لا يمكن فصل كل منهما عن الأخرى.

وهكذا يبدو أن هناك فرضين لعدم الدستورية بالتبعية فى القضاء الدستورى الإيطالى[١].

– الفرض الأول. يشمل الحالات التى تكون فيها عدم دستورية القاعدة غير الخاضعة للرقابة عبارة عن نتيجة تلقائية للحكم بعدم دستورية القاعدة الخاضعة للرقابة. ولذلك يطلق على هذه الحالات حالات "عدم الدستورية بالطريق التلقائى أو "بطريق اللزوم التلقائى" L'illégitimité par voie de conséquence automatique.

– أما الفرض الثانى فيشمل الحالات التى ترجع فيها عدم دستورية القاعدة غير الخاضعة للرقابة إلى عدم إمكانية الفصل بينها وبين القاعدة المقضى بعدم دستوريتها Illégitimité par inséparabilité.

ومع ذلك فإن قضاء المحكمة الدستورية الإيطالية يشهد بأن حالات عدم الدستورية بالتبعية قد لا تتوقف عند هذه الفروض: فكثيراً ما تلجأ المحكمة إلى التوسع فى تفسير الفقرة الثانية من المادة ٢٧ من قانون إنشائها بصورة تسمح لها بالخروج أكثر فأكثر عن نطاق النزاع المعروض عليها. ويأخذ هذا المسلك من جانب المحكمة مظاهر متعدد نعرض لبعضها فيما يلى[٢]:

١- من ناحية أولى، غالباً ما تتوسع المحكمة الدستورية فى تفسير الفقرة الثانية من المادة ٢٧ من قانون إنشائها بصورة تسمح لها بتطبيقها بمناسبة صور الرقابة الأخرى التى تمارسها على دستورية القوانين، فى حين

---

(١) لمزيد من التفاصيل راجع تيرى دى مانو، المرجع السابق، ص ٨٧ – ٨٩.

(٢) لمزيد من التفاصيل حول مظاهر هذا الاتجاه المفرط فى الليبرالية من جانب المحكمة الدستورية الإيطالية، راجـــع تيري دى مانو، المرجع السابق، ص ٨٩ وما بعدها.

أن مجال تطبيق الاستثناء الذى أوردته الفقرة الثانية من المادة ٢٧ سالفة الذكر . يقتصر فقط على حالات تدخل المحكمة لرقابة دستورية التشريعات عن طريق الدفع الفرعى بعدم الدستورية [١].

ولا شك أن المحكمة الدستورية تكون أكثر حرية وهى تمارس مهمتها فى الرقابة على دستورية التشريعات عن طريق الأساليب الأخرى كأسلوب الدعوى الأصلية فى صورتيه السابقة واللاحقة [٢]. فى حين أن حريتها تقل وهى تمارس مهمتها عن طريق الدفع الفرعى، لأن قاضى الموضوع يكون فى هذه الحالة قد ضمّن "أمر الإحالة" الذى بعث به إلى المحكمة الدستورية تفصيلاً دقيقاً حول النصوص المشكوك فى دستوريتها والنصوص الدستورية المنتهكة ووجوه عدم الدستورية، وما إلى ذلك.

وبالتالى فإن فرصة خروج المحكمة الدستورية عن نطاق النزاع المطروح عليها تقل فى حالة الرقابة عن طريق الدفع الفرعى. عنها فى صور الرقابة الأخرى.

٢- فى بعض الأحيان تلجأ المحكمة الدستورية الإيطالية إلى إلغاء بعض أجزاء التشريع الخاضع لرقابتها ليس لكون هذا الإلغاء نتيجة لإلغاء الجزء من التشريع المطعون فى دستوريته أو لصعوبة الفصل بينهما. ولكن لأن المحكمة قد ترى أن القاعدة المطعون فيها والمقضى بعدم دستوريتها مماثلة أو مشابهةAnalogue للقاعدة التى تصدت للحكم بعدم دستوريتها. وبالتالى يمكن قياس الثانية على الأولى. أو لأنها مطابقة identique لها. ومما لا

---

(١) راجع ما سبق بهذا الخصوص.

(٢) راجع ما سبق وأشرنا إليه من اختصاصات المحكمة الدستورية الإيطالية.

شك فيه أن "التطابق" أو "التشابه" أو "المماثلة" التي قد تدعي المحكمة وجودها بين القاعدتين في أحيان كثيرة ليست من بين حالات عدم الدستورية بالتبعية وفق التفسير المنطقي والمعتدل للفقرة الثانية من المادة ٢٧ سالفة الذكر من قانون المحكمة الدستورية.

ومثال هذا التوجه في قضاء المحكمة الدستورية الإيطالية ما قضت به في حكمها في القضية رقم ٧٩/٢٦ من عدم دستورية الفقرة الأولى من المادة ١٨٦ من قانون الإجراءات أمام القضاء العسكري في وقت السلم والتي كانت تنص على عقوبة السجن مدى الحياة لجريمة الشروع في قتل القادة العسكريين التي أعطتها المحكمة وصف الجناية، ثم قضت - في ذات الحكم - بعدم دستورية نفس هذه العقوبة والتي كانت مقررة لجريمة القتل بدون سبق إصرار وترصد.

وفي هذه القضية، لا يخفى أن عدم دستورية القاعدة المتصدى لها كانت أسبق في الوجود من عدم دستورية القاعدة موضوع الطعن، وبالتالي فإنه لا مجال للقول بأن عدم دستورية الثانية كانت نتيجة لعدم دستورية الأولى [1].

والحكم بعدم دستورية القاعدة غير المطعون فيها بسبب قياسها على القاعدة المطعون فيها والمقضي بعدم دستوريتها، أو بسبب تطابقها معها. قد تلجأ إليه المحكمة الدستورية ليس فقط في حالة مخالفة القاعدة المطعون فيها لنص مكتوب في الدستور، ولكن أيضاً عندما تخالف هذه القاعدة مبدأ دستورياً قضائياً استخلصته المحكمة من خلال استخدامها لسلطتها في

(١) تيري دي مانو، المرجع السابق ٩١-٩٢.

التفسير واتخذت منه مرجعاً لها في بحث مدى دستورية القاعدة الخاضعة للرقابة في النزاع المطروح عليها [١].

٣- في أحيان كثيرة يبلغ توسع المحكمة الدستورية في تفسير الفقرة الثانية من المادة ٢٧ من قانون إنشائها حداً غير معقول من وجهة نظر الفقه؛ فقد يصل الأمر بها إلى التصدي لبحث مدى دستورية قاعدة يحتويها نص في قانون آخر غير القانون الذي ينتمي إليه النص الخاضع لرقابتها بمقتضى أمر الإحالة. وبالتالي فإن خروجها عن نطاق النزاع المطروح عليها يبلغ أقصى مدى له.

فبمناسبة الحكم الذي أصدرته في القضية رقم ٨٠/٦ كان المطلوب من المحكمة الدستورية — بمقتضى أمر الإحالة المرسل من قاضي الموضوع — هو بحث مدى دستورية نص في تشريع ينكر على الزوج أي حق في معاش زوجته المتوفاة ما لم يثبت عجزه التام عن العمل والكسب. وبعد أن قضت المحكمة بعدم دستورية هذا النص، مدت رقابتها إلى نص في تشريع آخر مختلف لا صله له بالنزاع المطروح عليها وقضت بعدم دستوريته هو الآخر. هذا النص كان يقضي بقصر حق الزوج في معاش زوجة المتوفى Retraite de reversions على الحالات التي تكون فيها الوفاة (وفاة الزوج أو الزوجة) قد حدثت في تاريخ لاحق على دخول هذا التشريع في التطبيق [٢].

---

(١) تيرى دى مانو، المرجع السابق ٩١.
(٢) تيرى دى مانو، المرجع السابق، ص ٩٢.

والواقع أن حالات خروج المحكمة الدستورية الإيطالية عن نطاق النزاع المعروض عليها – أياً كان أسلوب الرقابة التي تمارسها على دستورية القوانين – إنما يعني أن المحكمة قد عملت على تحويل ما تسمح لها به الفقرة الثانية من المادة ٢٧ من قانون إنشائها من مجرد استثناءات محدودة على مبدأ "الانسجام بين موضوع الدعوى والحكم الصادر فيها" الذي ترسيه الفقرة الأولى من هذه المادة ، إلى سياسة قضائية ثابتة مقتضاها خروج المحكمة المتكرر عن نطاق النزاع المعروض عليها من أجل التصدي – بطرق شتى سبق عرضها – لبحث مدى دستورية قواعد تشريعية قد لا تربطها صلة بالنزاع الأصلي، ويتضح ذلك من كثافة الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية في هذا المعنى [1].

ولسنا هنا بمعرض تقدير مدى صحة هذه السياسة القضائية للمحكمة الدستورية الإيطالية، تلك السياسة التي يرى فيها العديد من الفقهاء الإيطاليين تجاوزاً من جانبها لمهمتها في الرقابة على دستورية القوانين. وإنما نود فقط أن نشير إلى ما يمثله مسلك هذه المحكمة من دلالات أهمها أنها تقدم على ذلك مدفوعة بغلبة الصفة العينية للدعوى الدستورية، ولتعلق نصوص الدستور جميعها بالنظام العام الدستوري، خصوصاً تلك التي تمس حقوق وحريات الأفراد الأساسية.

---

(١) لمزيد من التطبيقات القضائية في هذا الخصوص: "راجع تيري دي مانو، ص ٩٢ وما بعدها، والمرجع الكثيرة للفقه الإيطالي التي أشار إليها.

المطلب الثاني: حالات عدم الدستورية بالتبعية فى قضاء المحكمة الدستورية العليا فى مصر.

ذكرنا فيما سبق أن من المبادئ التي تسير عليها المحكمة الدستورية العليا في مصر أنها -فيما عدا الحالات التي تستخدم فيها ما لها من رخصة التصدي- لا تنعقد من تلقاء نفسها للبحث في مدى دستورية التشريعات بمعنى أنها لا يمكن أن تفصل في دستورية نص تشريعي بدون خصومة(١).

ومع ذلك، لم تهمل المحكمة الدستورية مبدأ عينية الدعوى الدستورية، كما أنها لم تغفل عن حقيقة تعلق نصوص الدستور جميعها بالنظام العام. ولذلك نجدها تقضي أحياناً بعدم دستورية النصوص المرتبطة بالنصوص المطعون عليها والتي يتقرر عدم دستوريتها حتى كانت كل هذه النصوص تشكل معاً وحدة لا تتجزأ (٢).

ومن ذلك ما قضت به في حكمها الصادر في ٣٠ فبراير ١٩٩٦ بقولها: "وحيث إنه متى كان ذلك، وكان الحكم بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة الثانية من القانون رقم ١٣٣ لسنة ١٩٨١ المشار إليه يعني بطلانها وسقوط النصوص المرتبطة بها ارتباطاً لا يقبل التجزئة، والتي لا يتصور وجودها بدونها فإن ما أوردته الفقرة الثانية من أحكام متعلقة بوجوب عرض رئيس الجمهورية لقراره بتعديل جدول الضريبة على السلطة التشريعية خلال الميعاد المبين بها، وكذلك ما نصت عليه فقرتها الثالثة

---

(١) راجع ما سبق بهذا الخصوص.

(٢) دكتور أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية .... المرجع السابق ، ص٢٢٢.

من جزاء على رفض السلطة التشريعية لقرار رئيس الجمهورية المشار إليه، إنما تكون مع التفويض المخول لرئيس الجمهورية بمقتضى النص المطعون فيه، كلاً لا يتجزأ. وتسقط أحكامها تبعاً لبطلان هذا التفويض ومعها قرار رئيس الجمهورية رقما ٣٦٠ لسنة ١٩٨٢، ١٣٧ لسنة ١٩٨٦ بتعديل جدول الضريبة على الاستهلاك الصادر بين استناداً لقانونها" (١).

ويعد هذا القضاء، تطبيقاً لمبدأ عدم القابلية للتجزئة Le principe de l'indivisibilité ، الذى تستند إليه معظم المحاكم الدستورية الأوروبية للخروج عن نطاق النزاع المعروض عليها، فى حالة عدم إمكانية الفصل بين النص المطعون فيه ونصوص أخرى لم تكن موضوعاً للطعن بصورة مباشرة.

وعلاوة على ذلك فقد لاحظ بعض الفقهاء، أن المحكمة الدستورية العليا تلجأ أحياناً إلى مد أثر الحكم الصادر عنها بعدم الدستورية لكى يشمل نصاً آخر يربطه بالنص الطعين غير الدستورى ارتباط لا تصفه المحكمة بعدم القابلية للتجزئة نظراً لإمكانية الفصل بينهما، بما ينطوى عليه ذلك من توسيع لنطاق رخصتها فى التصدى بدرجة أكبر مما تسمح لها به المادة ٢٧ من قانون إنشائها (٢).

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر فى ٣ فبراير ١٩٩٦ فى القضية رقم ١٨ لسنة ٨ قضائية "دستورية"، مجموعة أحكام المحكمة ، الجزء السابع، القاعدة رقم ٢٣ ، ص ٤٢٤.
- وراجع كذلك حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر فى ٢٠ يونيه ١٩٩٤، مجموعة المحكمة، الجزء السادس، قاعدة رقم ٢٧، ص ٣٠٢.

(٢) راجع فى ذلك دكتور يسرى محمد العصار، المرجع السابق ، ص١٠٣ وما بعدها.

ومن ذلك ما قضت به المحكمة في القضية رقم ٣٧ لسنة ١٨ قضائية، من مد أثر الحكم الصادر عنها بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة ٥٤ من القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٦ في شأن النقابات العمالية فيما نصت عليه من عدم جواز الحجز على أموال المنظمات العمالية اللازمة لمباشرة هذه النقابات لنشاطها إلى الفقرة الأولى من المادة السابقة فيما نصت عليه من اعتبار أموال المنظمات النقابية أموالاً عامة في غير مجال تطبيق قانون العقوبات. والتي قضت المحكمة بعدم دستوريتها على الرغم من أنها لم تكن محلاً للطعن بعدم الدستورية، وكان من الممكن الفصل بينها وبين الفقرة الثانية من موضوع الطعن دون أن تتأثر طلبات المدعي(١).

وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية:

"ومن حيث إن المدعي وإن طعن بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة ٥٤ من قانون النقابات العمالية. إلا أن ربطها بالفقرة الأولى من هذه المادة يبلور إطار الحماية التي كفلها هذا القانون لأموالها، ويتعين بالتالي قراءتها معاً(٢).

---

(١) راجع في ذلك دكتور يسرى محمد العصار، المرجع السابق، ص١٠٣ وما بعدها.

(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٣٧ لسنة ١٨ قضائية وذكره الدكتور يسرى العصار، المرجع السابق، ص١٠٢-١٠٤.

الفصل الثاني

الاتجاه إلى توسيع نطاق الحماية القضائية للقواعد الدستورية المعبرة عن قيم دستورية عليا

أشرنا في مقدمة هذا الفصل إلى وجود بعض القواعد الدستورية التي عاملها المشرعون الدستوريون معاملة خاصة عن طريق حظر المساس بها من قبل السلطة التأسيسية المشتقة (سلطة تعديل الدستور)، إذا كان من شأن ذلك أن يؤدي إلى الحد من فائدتها أو تعطيل الحكمة من وجودها، نظرا لتعلقها أكثر من غيرها من قواعد الدستور بالنظام العام الدستوري، ومثال هذه القواعد – أو أهمها بالأحرى- القواعد المتعلقة بشكل النظام السياسي في الدولة وبفلسفتها السياسية والاجتماعية وتلك المتعلقة بالحقوق والحريات الأساسية.

ومن أهم الوسائل التي تهدف إلى تأمين الحماية القضائية لمثل هذه القواعد الدستورية، ما ذهبت إليه بعض المحاكم الدستورية من قبول لفكرة الرقابة على دستورية قوانين تعديل الدساتير، وما ذهب إليه بعض المشرعين الدستوريين من السماح للأفراد بالتوجه إلى المحاكم الدستورية مباشرة بنوع من الدعاوى الدستورية يطلق عليها: "الدعوى الدستورية الفردية" Recours constitutionnel individuel أو "دعوى ضمانة الحقوق" Recours de garantie des droits يكون الغرض منها تحديدا حماية حقوقهم وحرياتهم الأساسية.

ونعرض فيما يلي لهاتين الوسيلتين من وسائل الحماية القضائية للنصوص الدستورية التي تعبر عن قيم دستورية عليا، وذلك في مبحثين متتاليين على النحو التالي:

المبحث الأول: فكرة الرقابة على دستورية قوانين تعديل الدستور.

المبحث الثاني: اتجاه بعض المشرعين الدستوريين إلى إقرار "دعوى ضمانة الحقوق".

المبحث الأول: فكرة الرقابة على دستورية قوانين تعديل الدستور.

رأينا فيما سبق كيف وضع المشرعون الدستوريون في العديد من النظم الدستورية قيوداً إجرائية وأخرى موضوعية على سلطة تعديل الدستور (السلطة التأسيسية المشتقة)، وانتهينا إلى أن النصوص الدستورية التي تفرض هذه القيود -خصوصاً القيود الموضوعية- تتعلق أكثر من غيرها بالنظام العام الدستوري. أو بمعنى آخر هي تعبر عن النظام العام الدستوري بمفهومه الضيق الذي يفرض نوعاً من الحماية الخاصة على بعض نصوص الدستور دون غيرها نظراً لأهمية وخطورة المسائل التي تعالجها، بحيث تنحسر حرية السلطة التأسيسية المشتقة عنها دون غيرها من النصوص الدستورية.

ونتيجة لهذا الوضع طُرحت على المحاكم الدستورية وعلى فقه القانون العام مشكلة الرقابة على دستورية قوانين تعديل الدستور، وهي قوانين دستورية بطبيعتها حيث لا يمكن تعديل نصوص الدستور الجامد إلا بقوانين من نفس المرتبة.

ومن خلال استعراضنا للعديد من النظم الدستورية التي طُرحت فيها هذه المسألة، تبين لنا أنه في بعض النظم منحت المحاكم الدستورية نفسها صراحة الحق في مراقبة دستورية قوانين تعديل الدستور. وفي بعضها الآخر حسم الفقه هذه المسألة لصالح ضرورة إجراء هذه الرقابة.

ونعرض فيما يلي لتفاصيل هذا الأمر وذلك في مطلبين متتاليين على النحو التالي:

المطلب الأول: قبول بعض المحاكم الدستورية صراحة بفكرة الرقابة على دستورية قوانين تعديل الدستور.

المطلب الثاني: موقف الفقه والمحاكم الدستورية من مسألة الرقابة على دستورية قوانين تعديل الدستور في بعض النظم الدستورية الأخرى.

المطلب الأول: قبول بعض المحاكم الدستورية صراحة بفكرة الرقابة على دستورية قوانين تعديل الدستور.

الأمر يتعلق هنا بالمحاكم الدستورية في كل من النمسا وألمانيا وإيطاليا وقبرص. ونعرض فيما يلي لقضاء هذه المحاكم بخصوص هذه المسألة في ثلاثة فروع متتالية على النحو التالي:

الفرع الأول: الرقابة على دستورية قوانين تعديل الدستور في قضاء المحكمة الدستورية الألمانية.

الفرع الثاني: الرقابة على دستورية قوانين تعديل الدستور في قضاء المحكمة الدستورية الإيطالية.

الفرع الثالث: الرقابة على دستورية قوانين تعديل الدستور في قضاء المحكمة العليا في قبرص.

الفرع الأول: الرقابة على دستورية قوانين تعديل الدستور في قضاء المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية.

تمارس المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية مهمتها في الرقابة على دستورية القوانين وفق آليات ثلاث حددها دستور الاتحاد الألماني والقانون المتعلق بالمحكمة الصادر في ١٢ مارس ١٩٥١. وهذه الآليات هي آلية الرقابة المجردة contrôle abstrait[١] وآلية الرقابة المحددة contrôle concret[٢]. ثم الآلية المتمثلة في "دعوى ضمانة الحقوق" التي يرفعها الأفراد أمام المحكمة مباشرة لدفع انتهاكات حقوقهم وحرياتهم الأساسية بواسطة التشريعات العادية أو الفرعية أو الأحكام القضائية النهائية[٣].

ولا يوجد خلاف في فقه القانون العام الألماني حول إمكانية خضوع قوانين تعديل الدستور لرقابة الدستورية التي تمارسها المحكمة الفيدرالية الألمانية، وذلك في إطار ما تمارسه هذه المحكمة من رقابة مجردة أو رقابة محددة على دستورية القوانين، أو في إطار اختصاصها بنظر "دعوى ضمانة الحقوق". كما يمكن للمحكمة أن تمارس هذه الرقابة في إطار اختصاصها بنظر طلبات فض تنازع الاختصاص بين السلطات الدستورية في الدولة[٤].

---

(١) الرقابة المجردة هي نوع من الرقابة اللاحقة تمارسها المحكمة الدستورية الألمانية بناء على طلب بعض السلطات العامة في الدولة إذا نشأ خلاف في الدولة حول تطبيق القاعدة القانونية بعد سنها، ولا ترتبط هذه الرقابة بدعوى منظورة أمام المحاكم.

(٢) الرقابة المحددة فهي التي تتم بمناسبة حالة معينة من حالات تطبيق القاعدة القانونية محل الطعن بواسطة المحاكم. إذا ما دفع بعد دستوريتها.

(٣) راجع ما سبق بشأن "دعوى ضمانة الحقوق".

(٤) راجع "أوليفيه جوانجان، تقرير المحكمة الدستورية الألمانية الى المؤتمر الدولى العاشر للمحاكم الدستورية الأوروبية، حول "تعديل الدستور والقضاء الدستورى"، المرجع السابق، ص ٢٣٥ .

- أما عن المحكمة الدستورية ذاتها فيبدو أنها قد قبلت بمبدأ الرقابة على دستورية قوانين تعديل الدستور منذ بداية الخمسينيات من القرن الماضي[١].

ففي حكم شهير أصدرته المحكمة في ٢٣ أكتوبر ١٩٥١. كانت المحكمة قد أقرت صراحة بأنه: "توجد مبادئ دستورية تعد بمثابة تعبير عن قانون سابق في وجوده على الدستور ذاته. وهذه المبادئ تلزم حتى المشرع الدستوري، ويرتبط بهذه المبادئ أحكام دستورية أخرى لا تصل إلى نفس مرتبتها ولكنها يمكن أن تصبح لاغية وبلا فائدة إذا انتهكت هذه المبادئ"[٢].

ثم صدرت عن المحكمة الدستورية أحكام أخرى في تواريخ لاحقة أكثر دلالة على توجهها نحو إخضاع قوانين تعديل الدستور لرقابة الدستورية التي تمارسها؛ وظهر ذلك على وجه الخصوص في حكمها الصادر في ١٥ ديسمبر ١٩٧٠ في قضية "التنصت التليفوني" Ecoutes téléphoniques ، وحكمها الصادر في ٢٣ إبريل ١٩٩١ في قضية: إجراءات نزع الملكية في جمهورية ألمانيا الديمقراطية السابقة "Expropriations dans l'éx.R.D.A"[٣].

ففي قضية "التنصت التليفوني"، كان المطلوب من المحكمة الدستورية أن تفصل في مدى دستورية التعديل الذي خضعت له الفقرة الثانية من المادة العاشرة من الدستور الفيدرالي الألماني والذي بمقتضاه أُبيح إخضاع هواتف الأفراد في بعض الحالات للتنصت بدون علمهم وذلك تحت إشراف

---

(١) أوليفيه جوانجان، المرجع السابق، ص٢٣٩-٢٤٠.

(٢) أوليفيه جوانجان، المرجع السابق، ص٢٣٩ -٢٤٠ وما بعدها.

(٣) لمزيد من التفاصيل حول الأحكام الصادرة في هاتين القضيتين راجع:

- أليفيه جوانجا، المرجع السابق، ص٢٣٨ وما بعدها.

جهاز غير قضائي يشكله البرلمان الألماني Bundestag، مع تجاوز إشراف ورقابة القضاء.

وعلى الرغم من أن المحكمة لم تستبعد إمكانية التعرض للمسائل التي تنظمها الفقرة الثالثة من المادة ٧٩ من الدستور بالتعديل إلا أنها أكدت في ذات الوقت على أن أي تعديل لأحكام هذه الفقرة لا يمكن أن يؤدي إلى المساس بالمبادئ التي تعلن عنها بغرض الاعتداء عليها أو الحد من فائدتها، بمعنى أنه يمكن الشروع في تعديل هذه الفقرة والمضي في إجراءات تعديلها إذا لم يكن الهدف من ذلك إفراغها من محتواها أو التقليل من فاعليتها.

وفي ذلك تقول المحكمة: "إن الفقرة الثالثة من المادة ٧٩ من القانون الأساس (الدستور)، باعتبارها قيداً على سلطة تعديل الدستور، تعني استبعاد محاولات إهدار جوهر وأسس النظام الدستوري القائم، عن طريق قوانين التعديل المشروعة من الناحية الشكلية، وبالتالي تقديم غطاء شرعي مستقبلي لنظام سلطوي"[١].

والفقرة الثالثة من المادة ٧٩ من الدستور الألماني تنص – كما سبق وأشرنا – على أن : "يحظر كل تعديل لهذا القانون الأساس (الدستور)، من شأنه أن يمس بالنظام الفيدرالي أو بمبدأ مشاركة الولايات Landers في التشريع، أو بالمبادئ التي ينص عليها الدستور في المادة الأولى والمادة ٢٠ منه"[٢].

---

[١] راجع لمزيد من التفاصيل: أوليفيه جوانجان، المرجع السابق، ص ٢٣٨-٢٣٩.

[٢] سبق وأن عرضنا لهذه المبادئ ونحن بصدد الحديث عن القيود الموضوعية المفروضة على سلطة تعديل الدستور في إيطاليا.

وفي قضية "إجراءات نزع الملكية في جمهورية ألمانيا الديمقراطية السابقة". كان المطلوب من المحكمة الدستورية النظر في مدى دستورية الفقرة الثالثة من المادة ١٤٣ المضافة إلى الدستور الألماني على إثر توحيد شطري ألمانيا في عام ١٩٩٢ والتي كانت تنطوي على تقديم غطاء دستوري لإجراءات نزع الملكية التي شهدتها ألمانيا الديمقراطية (الشرقية) قبل عام ١٩٤٩.

وفي هذه القضية ذهبت المحكمة صراحة إلى أنه: " لا يمكن لسلطة تعديل الدستور أن تتحرر من تلقاء نفسها من قيود التعديل الدستوري التي يحددها القانون الأساسي (الدستور). [١]

وبهذه المناسبة أتيحت للمحكمة الدستورية الفرصة للتأكيد على عدم القابلية للمساس (التعديل) بالنسبة لمبادئ دستورية أخرى ألحقها المشرع الدستوري بالنظام العام الدستوري، إذا كان من شأن هذا المساس أن يهدرها أو يقلل من فائدتها، وذلك علاوة على ما قررته في حكمها الصادر في قضية "التنصت التليفوني" من عدم قابلية المبادئ التي قررتها الفقرة الثالثة من المادة ٧٩ من الدستور للمساس بالمعنى السابق. هذه المبادئ هي: مبدأ المساواة، ومبدأ حظر التسلط، ومبدأ احترام البنية الأساسية لحق الملكية. وهذه الحقوق تعد –من وجهة نظر المحكمة – من الحقوق الأساسية غير القابلة للمساس أو للتنازل عنها، والتي تعتبر قيوداً على سلطة تعديل الدستور، التي لا يمكنها الإقبال على تعديلها إلا إذا كان الغرض من ذلك

(١) أوليفيه جوانجان، المرجع السابق، ص٢٣٦.

هو زيادة فاعليتها والتمكين من التمتع بها، باعتبارها من لوازم المحافظة على النسق الذي وضعته كل من الفقرة الأولى من المادة الأولى، والمادة الثانية من الدستور الألماني[١].

وكنا قد عرضنا للفقرة الأولى من المادة الأولى من الدستور الألماني ونحن بصدد الحديث عن الحدود الموضوعية لسلطة تعديل الدستور. وتنص هذه الفقرة على أن " الكرامة الإنسانية لا يمكن المساس بها، وتلتزم السلطات العامة في الدولة باحترامها وحمايتها "[٢].

الفرع الثاني: الرقابة على دستورية قوانين تعديل الدستور في قضاء المحكمة الدستورية الإيطالية.

في إيطاليا أدخل على الدستور الإيطالي الحالي أربعة وعشرون قانوناً دستورياً منذ دخوله في التطبيق في بداية عام ١٩٤٨ وحتى عام ١٩٩٣. وضعت السلطة التأسيسية الأصلية خمسة منها قبل حلها أما التسعة عشر قانوناً المتبقية فوضعتها السلطة التأسيسية المشتقة (سلطة تعديل الدستور) وفقاً للإجراءات المتبعة في وضع القوانين الدستورية وتعديل نصوص الدستور والمنصوص عليها في المادة ١٣٨ من الدستور الإيطالي[٣].

---

(١) أوليفيه جوانجان، المرجع السابق، ص٢٣٩.

(٢) راجع ما سبق بشأن هذا الخصوص عند الحديث عن القيود الموضوعية المفروضة على سلطة تعديل الدستور في ألمانيا الاتحادية.

(٣) راجع في ذلك: إليساندرو بيزوروسو، وإيمانويل روسي، التقرير الإيطالي الى المؤتمر الدولي "تعديل الدستور والقضاء الدستوري"، مرجع سابق، ص١٣٣-١٣٥.

وكنا قد رأينا ونحن بصدد الحديث عن القيود المفروضة على سلطة تعديل الدساتير. أن الدستور الإيطالي قد فرض على سلطة تعديل الدستور قيودا شكلية وإجرائية، بالإضافة إلى قيود أخرى موضوعية تنقسم بدورها إلى قيود موضوعية صريحة وقيود موضوعية ضمنية[١].

والواقع أن احتواء الدستور الإيطالي على مثل هذه الضوابط واقتناع الفقه الإيطالي بأنها تمثل قيوداً فعلية على نشاط السلطة التأسيسية المنشئة، قد دفعا المحكمة الدستورية إلى مد رقابتها على دستورية القوانين الدستورية المضافة إلى الدستور أو المعدلة لنصوصه وأحكامه، مستخدمة في ذلك الإجراءات في الرقابة على دستورية القوانين العادية، وذلك منذ نهاية الخمسينيات من القرن الماضي، وتحديداً منذ أول حكم صدر عنها بهذا المعنى في ٩ مارس ١٩٥٧ في القضية رقم ٣٨. ثم توالت أحكامها في هذا الخصوص في تواريخ لاحقه[٢].

وعلى سبيل المثال، في حكمها رقم ١١٤٦ الصادر في ١٩٨٨ تقول المحكمة الدستورية الإيطالية إن: الدستور الإيطالي يحتوى على مجموعة من المبادئ العليا التى لا يمكن الانقلاب عليها أو تعديلها في محتواها الأساسي، حتى بواسطة قوانين تعديل الدستور او بمقتضى قوانين دستورية أخرى" وفي وصفها لهذه المبادئ تقول المحكمة -في ذات الحكم- صراحة بأنها: "المبادئ التى ينص الدستور صراحة على اعتبارها بمثابة حدودٍ لسلطة تعديل

---

[١] راجع ما سبق بشأن ضوابط تعديل الدستور الموضوعية في إيطاليا.

[٢] لمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع، راجع:

- ماسيمو لوسياني، التقرير الإيطالي إلى المؤتمر الثامن للمحاكم الدستورية الأوروبية، المرجع السابق. ص ١٧٠ ومابعدها.
- ألسيساندرو بيذورروسو، وإيمانويل روسي، التقرير الإيطالي إلى المؤتمر الدولي حول "تعديل الدستور والقضاء الدستوري"، مرجع سالف الذكر، ص ١٣٨ وخصوصا هامش ٢٠ من ذات الصفحة.

الدستور: كالشكل الجمهوري للحكومة المنصوص عليه في المادة ٣٩ من الدستور، بالإضافة الى بعض المبادئ الأخرى غير المنصوص عليها صراحة في الدستور، والتي تتصل بروح القيم العليا التي أقيم عليها الدستور الإيطالي[١].

الفرع الثالث: الرقابة على دستورية قوانين تعديل الدستور في قضاء المحكمة العليا القبرصية.

في قبرص، حسمت المحكمة العليا مسألة الرقابة على دستورية قوانين التعديل الدستوري في حكم لها أصدرته في ١٦ ديسمبر ١٩٩٢؛ فبمناسبة قضية منظورة أمام إحدى محاكم الأحوال الشخصية، دفع أحد أطراف القضية بعدم دستورية القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٨٩ الصادر بتعديل بعض أحكام دستور ١٩٦٠ الحالي.

وبعد اتباع الإجراءات المعمول بها لإعداد الدعوى الدستورية أحيلت مسألة عدم الدستورية إلى الجمعية العمومية (الدوائر المجتمعة) للمحكمة العليا، والتي تكون من عشرة قضاة انقسموا فيما بينهم حول مدى دستورية القانون الدستوري سالف الذكر، حيث ذهب خمسة من بينهم إلى دستورية القانون، أما الخمسة الآخرون فذهبوا إلى عدم دستوريته. وعلى الرغم من انتهاء المحكمة إلى رفض الطعن بعدم الدستورية والقضاء بدستورية القانون المطعون فيه إلا أن أعضاء المحكمة العشرة كانوا في حالة اتفاق تام على أن قوانين تعديل الدستور تخضع – شأنها شأن القوانين العادية – لرقابة الدستورية التي تمارسها المحكمة العليا[٢].

---

(١) سبق ذكر هذه الأحكام عند دراستنا للقيود الموضوعية المفروضة على سلطة تعديل الدستور في إيطاليا.

Sovnas PAPASAVVAS, Rapport chypriote à le table ronde internationale des 16 et 17 le septembre 1994. sur la "Révision de la constitution et justice constitutionnelle A.I.J.C. 1994, PP. 69 et ss.

المطلب الثاني: موقف الفقه والمحاكم الدستورية من مسألة الرقابة على دستورية قوانين تعديل الدستور في بعض النظم الدستورية الأخرى.

طُرحت مسألة الرقابة على دستورية قوانين تعديل الدستور في مجموعة أخرى من النظم الدستورية، ولكنها لم تلق حلولاً قضائية واضحة كتلك التي لاقتها في النظم الدستورية لكل من إيطاليا وألمانيا وقبرص كما رأينا من قبل.

ففي بعض النظم الدستورية طُرحت فكرة الرقابة على دستورية قوانين تعديل الدستور وأيدها جانب كبير من الفقه غير أن القاضي الدستوري تعامل معها بصورة لا توحي بأنه قد قبلها صراحة أو رفضها صراحة، وهذا هو الحال في النظام الدستوري الفرنسي والنظام الدستوري للولايات المتحدة الأمريكية.

وفي نظم دستورية أخرى أجمع الفقه -بناء على قراءة بسيطة لأحكام الدستور- على القبول بهذه الفكرة، غير أنها لم تُطرح على القاضي الدستوري ولم يتخذ منها موقفاً معيناً بعد، وهذا هو الحال في النظام الدستوري اليوناني.

ونعرض فيما يلي لتفاصيل ما سبق، وذلك في ثلاثة فروع متتالية على النحو التالي:

الفرع الأول: مسألة الرقابة على دستورية قوانين تعديل الدستور في النظام الدستوري الفرنسي.

الفرع الثاني: مسألة الرقابة على دستورية قوانين تعديل الدستور في النظام الدستوري للولايات المتحدة الأمريكية.

الفرع الثالث: مسألة الرقابة على دستورية قوانين تعديل الدستور في النظام الدستوري اليوناني.

الفرع الأول: مسألة الرقابة على دستورية قوانين تعديل الدستور فى النظام الدستورى الفرنسى.

في فرنسا يتنازع مسألة الرقابة على دستورية قوانين تعديل الدستور اتجاهان فقهيان رئيسيان: الأول يعارضها، والثاني يؤيدها. أما المجلس الدستوري الفرنسي، فقد اتخذ من هذه المسألة موقفاً مائعاً كيّفه البعض على أنه قبول بها مع بعض التحفظات، ونعرض فيما يلي لتفاصيل هذا الأمر، في نقطتين متتاليتين.

أولا: موقف الفقه الفرنسى من مسألة الرقابة على دستورية قوانين تعديل الدستور.

في فرنسا يتنازع مسألة الرقابة على دستورية قوانين تعديل الدستور اتجاهان فقهيان :

- الاتجاه الأول قديم ونعود جذوره إلى أفكار الفقيهين الفرنسيين "موريس هوريو" Maurice HAURIOU، و"ليون ديجي" Leon Duguit، اللذين تأثرا بمدرسة القانون الطبيعي، وكانا يعتقدان في وجود قواعد فوق دستورية supra-constitutionnelles ينبغي على الدساتير المكتوبة مراعاتها والعمل بمقتضياتها، وإذا كرسها الدستور المكتوب فهي غير قابلة للتعديل، ومن أمثلة هذه القواعد -وفق هذين الفقيهين- القواعد والمبادئ التي تضمنها الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن الصادر في

عام١٧٨٩ ولذلك فقد كان يعتقدان بأن سلطة التعديل الدستورى غير مقيدة إلا بالقواعد فوق الدستورية المستمدة فى مجملها من قواعد القانون الطبيعى" (١).

-أما الاتجاه الثانى. فيضم العديد من الفقهاء المحدثين، الذين يميلون إلى اعتناق أفكار المدرسة الوضعية أكثر من ميلهم إلى أفكار مدرسة القانون الطبيعي التى تأثر بها الفقهاء الفرنسيين القدامى من أمثال "هوريو" و"ديجى". ويرى أنصار هذا الاتجاه أن الضغوط التى تخضع لها الدول والمجتمعات والحاجة إلى تبنى تحولات كبرى على المستويات السياسية والاجتماعية والاقتصادية، قد أفقدت القواعد الدستورية الكثير من قوتها وقدسيتها، بحيث أصبحت عملية سن القوانين الدستورية عملية تكاد تقترب من عملية سن القوانين العادية. والدليل على ذلك أن الجمهورية الثالثة فى فرنسا (١٨٧٥-١٩٤٦)، لم تشهد سوى دستور واحد. أما منذ عام ١٩٤٦، وحتى الآن فقد عرفت فرنسا دستورين (دستور ١٩٤٦، ودستور ١٩٥٨) بالإضافة إلى العديد من التعديلات الدستورية. وفضلاً عن ذلك فقد تطورت نظم الرقابة على دستورية القوانين نحو اعتماد آليات فعالة لضمان مطابقة مختلف التشريعات مع دستور الدولة بمعنييه الشكلى والموضوعى.

ولذلك فإن أنصار هذا الاتجاه يرون أن مسألة الرقابة على دستورية القوانين الدستورية (خصوصاً قوانين تعديل الدستور) أصبحت أكثر تصورا من ذى قبل. وفى هذا اعتراف من جانبهم كذلك — شأنهم شأن الفقهاء،

---

(١) راجع فى فى ذلك:
- موريس هوريو، موجز القانون الدستور ١٩٢٣، المرجع السابق، ص٢٩٦ و ص٣٨٢ وما بعدها.
- ليون ديجى ، مطول القانون الدستورى، الجزء الأول، المرجع السابق، ص٥٦١.

القدامى – بفكرة المشروعية الدستورية العليا.... Supra-constitutionnalité، غير أنهم يرون بأن القواعد فوق الدستورية ليست فقط قواعد غير مكتوبة غالباً كما كان يدعى الفقهاء القدامى من أنصار مدرسة القانون الطبيعي، إنما قد تكون كذلك قواعد وضعية مكتوبة تتضمنها الوثائق الدستورية وقد اهتدى اليها المشروعون الدستوريون لتكريس بعض ثوابت المجمع السياسية والاقتصادية والاجتماعية التى يستحيل على سلطة تعديل الدستور تجاوزها والعمل بما يخالف محتواها(١).

ثانيا: موقف المجلس الدستورى الفرنسى من مسألة الرقابة على دستورية قوانين تعديل الدستور.

حتى سبتمبر من عام ١٩٩٢ لم يكن المجلس الدستورى الفرنسى قد أصدر أحكاماً يُستشف منها أنه قد اتخذ موقفاً معيناً من مسألة الرقابة على دستورية قوانين تعديل الدستور، ولكن فى ٢ سبتمبر ١٩٩٢ أصدر المجلس الدستوري حكماً فى قضية ماستريختII(٢) اتخذ من خلاله موقفاً وسطاً من هذه المسألة حاول من خلاله المواءمة بين هامش الحرية الذى تتمتع به السلطة التأسيسية من ناحية والحفاظ على ثوابت المجتمع التى

(١) راجع فى ذلك:

- Louis FAVOREU, Rapport Français à la Xe table ronde internationale des 16 et 17 Septembre la « Révision de la constitution et justice constitutionnelle », A.I.J.C, 1994, PP. 115-117.
- Journées d'études de l'Association des constitutionalistes français, des 20 mars et 16 décembre 1992, Economica – P.U.A.M, 1993.

(٢) Décision du conseil constitutionnel No 92-312 du 2, septembre 1992, R.P. 76.

-وراجع تعليق الاستاذان "لوى فافورو"Louis FAVOREU و"لونيك فيليب" Loïc PHILIPعلى هذا الحكم فى "مجموعة القرار الكبرى للمجلس الدستورى"، الطبعة التاسعة. المرجع السابق، ص٧٨٣ وما بعدها.

تتضمنها بعض قواعد الدستور التي يمكن اعتبارها "فوق دستورية" من ناحية أخرى.

ففي ٢ سبتمبر ١٩٩٢ كان ستون عضواً بمجلس الشيوخ قد طلبوا إلى المجلس الدستوري الفرنسي -استناداً إلى حقهم في ذلك طبقاً للمادة٥٤ من دستور١٩٥٨ المعدله في٢٥/٦/١٩٩٢- النظر في مدى دستورية بعض أحكام معاهدة "ماسترخت ٢" Mastricht 2. وفي معرض بحثه لموضوع الطعن اتخذ المجلس موقفه سالف الذكر من مسألة الرقابة على دستورية قوانين تعديل الدستور، وفي هذا الخصوص يقول المجلس في الحيثية رقم١٩ من حكمه:

"إن السلطة التأسيسية سلطة لا مُعقب عليها Pouvoir souverain، ولذا فإن من الجائز لها أن تلغي النصوص الدسورية أو تعدلها أو تكملها بأخرى..." (١).

ومع ذلك، ففي ذات الحكم وفي نفس الحيثية، علق المجلس الدستوري هذا القدر الهائل من سلطة التقدير الذي اعترف به لسلطة تعديل الدستور على التزام هذه الأخيرة بمجموعة من الضوابط أهمها -على حد تعبير المجلس- : "من ناحية القيود المستمدة من الفترات الزمنية التي لا يمكن خلالها الشروع في تعديل الدستور أو المضي فيه والتي فرضتها المواد ٧، ١٦، ٤/٨٩ من الدستور. ومن ناحية أخرى إملاءات الفقرة الخامسة من

---

(١)"Le pouvoir Constituant est souverain il lui est loisible d'abroger, de modifier ou de compléter les dispositions de valeur constitutionnelle".

المادة ٨٩ من الدستور والتي بمقتضاها : " لا يجوز أن يكون الشكل الجمهوري للحكومة موضع تعديل " (١).

وكنا قد عرضنا للقيود الموضوعية والإجرائية التي فرضها دستور ١٩٥٨ في فرنسا على سلطة تعديل الدستور. وقد ذكّر بها المجلس الدستوري في هذا الحكم واعتبرها بمثابة خطوط حمراء لا ينبغي لسلطة تعديل الدستور تجاوزها، وإلا كان عملها مخالفاً للنصوص الدستورية التي فرضتها وهي نصوص تتعلق كما سبق وذكرنا بالنظام العام الدستوري نظراً لأهمية وخطورة المسائل التي تنظمها(٢). ولذلك فقد ذهب بعض كبار الفقهاء في فرنسا إلى أن المجلس الدستوري الفرنسي قد قبل بصورة ضمنية بمبدأ الرقابة على دستورية قوانين التعديل الدستوري عندما أدخل على مبدأ حرية السلطة التأسيسية استثناءً هاماً يتمثل في ضرورة التزامها بقيود التعديل الدستوري الموضوعية والإجرائية التي نص عليها الدستور بنصوص تعبر عن قيم عليا تجب المحافظة عليها حتى في مواجهة السلطة التأسيسية المشتقة (٣).

---

(١) **"Sous réserve d'une part, des limitations touchant ou périodes au cours desquelles une révision de la constitution ne peut être engagée ou poursuivie, qui résultent des articles 7, 16 et 89 alinéa 4 du texte constitutionnel et, d'autre part du respect des prescriptions du cinquième alinéa de l'article 98 en vertu desquelles "la forme républicaine de gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision".**

(٢) راجع ما سبق بشأن هذه القيود الموضوعية والإجرائية.

(٣) راجع في ذلك

- لوى فافورو، التقرير الفرنسي ، إلى المؤتمر العاشر للمحاكم الدستورية الأوروبية، المرجع السابق ص١١٧ – ١١٨.
- لوى فافورو، لوئيك فيليب، مجموعة القرارات الكبرى للمجلس الدستوري، المرجع السابق، ص٢٢٦-٢٢٨.

وهكذا، طبقاً لتفسير بعض الفقهاء الفرنسيين لقضاء المجلس الدستورى الفرنسى، فإن قوانين التعديل الدستورى يمكن أن تكون غير دستورية فى الحالات التالية:

- إذا صدرت خلال فترة خلو منصب رئيس الجمهورية لأى سبب من الأسباب، أو فى خلال الفترة الفاصلة بين إعلان المجلس الدستورى وجود مانع لدى رئيس الجمهورية وانتخاب رئيس جديد (المادة ٧ من الدستور).
- إذا صدرت خلال فترة تطبيق المادة ١٦ من الدستور[١].
- إذا كان من شأنها المساس بسلامة إقليم الدولة (المادة ٤/٨٩ من الدستور.
- إذا كان من شأنها المساس بالشكل الجمهورى للحكومة. (المادة ٥/٨٩ من الدستور). مع ملاحظة أن أول وأهم ما يعنيه القيد المتعلق بعدم المساس بالشكل الجمهورى للحكومة، هو عدم العودة إلى العمل بالنظام الملكى فى فرنسا.

---

(١) هذا القيد كان ينادى به بعض الفقهاء الفرنسيين الذين ذهبوا إلى عدم إمكانية تعديل الدستور خلال فترة تطبيق المادة ١٦ من الدستور الفرنسى المماثلة للمادة ٧٤ من دستور ١٩٧١ فى مصر، وذلك مع عدم وجود أى نص يسمح بهذا القيد، ومع ذلك فإن هذا المطلب الفقهى لم يجد سبيله إلى القانون الدستورى الفرنسى إلا مع حكم المجلس الدستورى فى ١٢ سبتمبر ١٩٩٢ فى قضية ماسترخت ٢.

الفرع الثاني: مسألة الرقابة على دستورية قوانين تعديل الدستور فى النظام الدستورى للولايات المتحدة الأمريكية.

فى الولايات المتحدة الأمريكية يفرق الفقه عادة بين الرقابة على دستورية إجراءات تعديل الدستور (الرقابة الخارجية على دستورية قوانين تعديل الدستور)، والرقابة على دستورية محتوى التعديل ذاته (الرقابة الداخلية على دستورية قوانين تعديل الدستور). ولا خلاف فى الفقه على إمكانية قيام القاضى الدستورى بمراجعة الدستورية الشكلية أو الإجرائية لقوانين تعديل الدستور. لأنه ليس من شأن هذه الرقابة أن تثير صداماً بين القاضى الدستورى والسلطة التأسيسية. أما الرقابة على دستورية موضوع أو محتوى التعديل فغالباً ما أثارت خلافات فى الفقه وأثيرت فى مناسبات عديدة أمام المحكمة العليا الأمريكية (١).

وكانت هذه المسألة قد أثيرت للمرة الأولى أمام المحكمة العليا الأمريكية فى قضية Mayers V. Anderson عام ١٩١٥ بخصوص التعديل الخامس عشر للدستور الأمريكى الذى صدر فى عام ١٨٧٠ ، أى بعد مضى خمسة وأربعون عاماً على دخول هذا التعديل فى التطبيق. وانتهت المحكمة العليا فى هذه القضية إلى رفض الدعوى بعدم دستورية التعديل الخامس عشر للدستور، رافضه بذلك القبول بمبدأ الرقابة على دستورية قوانين

(١) راجع فى ذلك:

- **Guy SCOFFONI, Rapport American à la table ronde internationale des 16-17 Septembre 1994 sur la "Révision de la constitution et justice constitutionnelle", A.I.J.C, 1994, pp. 100 et ss.**

تعديل الدستور من الناحية الموضوعية، خصوصاً تلك التى قضى على دخولها فى التطبيق ما يقرب من نصف قرن من الزمان(١).

ثم أعيد طرح هذه المسألة مرة أخرى بخصوص التعديل الثامن عشر فى عام ١٩١٩ والخاص بمنع "الخمور"، والتعديل التاسع عشر فى عام ١٩٢٠ المتعلق بمنع حق التصويت للنساء.

فعلى أثر التعديل الثامن عشر الذى قضى بمنع الخمور التى أُعيد السماح بتداولها بمقتضى التعديل الحادى والعشرين للدستور فى عام ١٩٣٣. رُفعت على إحدى كبريات شركات إنتاج المشروبات الكحولية فى الولايات المتحدة الأمريكية والمعروفة بإسم "Distillers association of America" دعاوى تعويض متعددة؛ فطعنت الشركة بعدم دستورية التعديل الثامن عشر القاضى بمنع المشروبات الكحولية، طالبة إلى المحكمة العليا أن تستخدم ما لديها من آليات اعتيادية لمراقبة دستورية التشريعات من أجل بحث مدى دستورية التعديل الدستورى سالف الذكر. واستندت الشركة الطاعنة فى طلبها إلى حجتين رئيسيتين:

-الأولى تتمثل فى أن التعديل الدستورى قد شابه عيب إجرائى خطير مؤداه أن مسألة تداول المشروبات الكحولية هى من المسائل التى ينظمها التشريع العادى وليس الدستورى، وبالتالى فإن المشرع الدستورى الفيدرالى يكون قد تجاوز نطاق المسائل المسموح له بالتشريع فيها.

- أما الحجة الثانية فمؤداها أن التعديل الدستورى الثامن عشر ينطوى على انتهاك لحقوق الولايات الأعضاء فى الاتحاد لأنه بماله من عمومية

(١) **Mayers V. Anderson, 238 US 368 (1915).**

يهدر مبدأ استقلال كل ولاية باختيار التشريعات المناسبة لها، وبالتالي فإن هذا التعديل يعارض مبادئ "الفيدرالية" التي تقوم عليها الولايات المتحدة الأمريكية.

وفي الحكم الذي أصدرته المحكمة العليا بخصوص هذه المسألة في قضية: National Prohibition، قبلت المحكمة مراجعة دستورية الإجراءات المتبعة في التعديل الثامن عشر للدستور الأمريكي، وذلك عندما قررت أن التشريع في المسائل المتعلقة بمنع الخمور وتداولها يدخل في إطار المجال المحجور لسلطة تعديل الدستور بمقتضى المادة الخامسة من دستور الولايات المتحدة الأمريكية، ولكنها رفضت طلب الشركة الطاعنة بالبحث في دستورية التعديل من الناحية الموضوعية، دون أن تبدي أسباباً معينة لهذا الرفض (١).

أما التعديل التاسع عشر للدستور الأمريكي فكان يحظر على الولايات الأعضاء في الاتحاد أن تدخل على حق التصويت في الانتخابات أية قيود على أساس الجنس، بمعنى أنه كان يفرض على الولايات ضرورة مساواة النساء بالرجال تماماً في ممارسة هذا الحق. وحدث أن طُعن في دستورية هذا التعديل، وكانت الحجج التي بُني عليها الطعن هي تقريباً نفس الحجج التي أثارها الطاعنون في دستورية التعديل الثامن عشر في القضية سالفة الذكر.

(١) **National prohibation cases, 253 US 350, 386 (1920).**

وفى الحكم التى أصدرته المحكمة العليا بخصوص التعديل التاسع عشر في قضية Leser V. Garnett(١)، أعرضت المحكمة عن الاستجابة لمطالب الطاعنين منتهية إلى أن التعديل التاسع عشر موضوع هذا الطعن. قد صدر في شكل يشبه الشكل الذى صدر فيه التعديل الخامس عشر للدستور الأمريكى، الذى أعرضت المحكمة عن الحكم بعدم دستوريته على الرغم من الإدعاء بأنه كان يمس هو الآخر حقوق الولايات الأعضاء في الاتحاد(٢).

هذا وقد لاحظ المعلقون من الفقهاء الأمريكيين على القضاء السابق للمحكمة العليا أن هذه الأخيرة لم تلجأ في أى من الأحكام سالفة الذكر التى أصدرتها بخصوص مسألة الرقابة على دستورية قوانين تعديل الدستور، إلى تسبيب رفضها الاستجابة لطلبات الطاعنين بفحص دستورية قوانين تعديل الدستور من الناحية الموضوعية، وهو ما يعنى أن الأحكام التى أصدرتها في هذا الخصوص لا ترقى إلى مرتبة الـ "Opinions" وهى الأحكام التى تحوز الحجية الكاملة. ويعنى ذلك أن المحكمة العليا لم تحدد موقفها النهائى بعد من مسألة الرقابة على دستورية قوانين تعديل الدستور من الناحية الموضوعية (٣).

---

(١) لمزيد من التفاصيل حول الحكم الصادر فى القضية ، راجع:

- **Edward LAMBERT : le gouvernement des Juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis, Paris, 1921. pp. 116 et ss.**
- **Guy SCOFFONI, op-cit, pp 102-103.**

(٢) **Guy SCOFFONI, op-cit, p . 102.**

(٣) **R.G. Wright, «Could a constitutionnal amendement be un constitutionnal», loyola university chicago low journal, 22, 1991. p. 742.**

وعلى أية حال فقد ذهب بعض المهتمين بهذه المسألة من الفقهاء الأمريكيين وغير الأمريكيين إلى أن المحكمة العليا الأمريكية قد تذهب إلى القبول بفكرة الرقابة على دستورية قوانين تعديل الدستور من الناحية الموضوعية فى حالتين: الأولى هى حالة ما إذا كان التعديل من شأنه تقليص صلاحيات المحكمة ذاتها، والثانية هى حالة ما إذا كان من شأن التعديل إهدار الحقوق الأساسية للأفراد (١).

كما ذهب بعض الفقهاء الأمريكيين -بحق- إلى أن الطعون بعدم دستورية قوانين تعديل الدستور التى تعرض على المحكمة العليا من شأنها أن تؤدى – على الرغم من عدم تجاوب المحكمة العليا معها حتى الآن- إلى جعل السلطة التأسيسية المشتقة أكثر حذراً وتعقلاً عند استخدامها لصلاحياتها فى تعديل نصوص الدستور(٢).

الفرع الثالث: مسألة الرقابة على دستورية قوانين تعديل الدستور فى النظام الدستورى اليونانى.

فى اليونان لم تعرض هذه المسألة على القاضى الدستورى، ومع ذلك لم يجنح الفقه إلى كثير من الجهد للوقوف على حقيقة واضحة مؤداها أن قوانين التعديل الدستورى يمكن أن تكون محلاً للرقابة على دستوريتها. وهذا ما تسمح به بالفعل نصوص دستور اليونان الحالى الصادر فى عام ١٩٧٥ بعد إخضاعها لعملية تفسير بسيطة.

---

(١) راجع فى ذلك:

- W. Murphy, An Ordering of constitutional values, southern California Law Review, No 35, 1980, pp. 755-757.
- Edward LAMBERT, op-cit, p. 93.

(٢) Guy Scoffoni, op-cit, p. 103.

- فالفقرة الثانية من المادة ٨٧ من ذلك الدستور تنص على أنه: "لا يخضع القضاه أثناء أدائهم لوظائفهم إلا لأحكام الدستور والقوانين: وعلى أية حالة فهم لا يلتزمون بالعمل بأية أحكام صدرت بالمخالفة للدستور..." .

أما المادة ١١٠ من ذات الدستور فتنص على مجموعة من الضوابط الموضوعية والإجرائية التى ينبغى على سلطة تعديل الدستور مراعاتها وإلا كان عملها مخالفاً للدستور، مما يعفى القضاه من أي التزام بتطبيق ما تمخض عن أعمالها، طبقاً للمادة ٨٧ سالفة الذكر من الدستور.

والقيود الإجرائية أو الشكلية على سلطة تعديل الدستور كثيرة أهمها عدم مباشرة تعديل أى حكم من أحكام الدستور إذا لم تكن مضت خمس سنوات كاملة على آخر تعديل خضع له هذا الدستور (الفقرة ٦ من المادة ١١٠ من الدستور).

أما القيود الموضوعية فهى كثيرة أيضاً وقد نصت عليها الفقرة الأولى من المادة ١١٠ من الدستور، التى نصت على أن "أحكام الدستور يمكن أن تكون موضوعاً للتعديل، وذلك فيما عدا الأحكام التالية:

- الأحكام التى تحدد شكل النظام السياسى فى الدولة، القائم على أساس "الجمهورية البرلمانية République Parlementaire" .
- أحكام الفقرة الأولى من المادة الثانية من الدستور، التى تنص على أن: "احترام وحماية الكرامة الإنسانية تمثل التزاماً أساسياً بالنسبة للجمهورية .

- أحكام الفقرة الأولى من المادة الرابعة من الدستور التي تنص على أن "اليونانيين لدى القانون سواء".

- أحكام الفقرة الرابعة من المادة الرابعة من الدستور التي تنص على إلغاء الألقاب وحظر منحها لأي من اليونانيين.

- أحكام الفقرة الأولى من المادة الخامسة من الدستور التي تنص على أحقية كل فرد في تنمية شخصيته بحرية، وفي المشاركة في الحياة الاجتماعية والاقتصادية والسياسية، ما لم يحمل ذلك اعتداءً على حقوق الآخرين أو على الآداب العامة أو ينتهك الدستور.

- أحكام الفقرة الثالثة من المادة الخامسة من الدستور التي تنص على أن "الحرية الفردية مصونة، ولا يمكن ملاحقة الفرد أو توقيفه أو حبسه أو إخضاعه لأي إجراء آخر، إلا في الحالات ووفقاً للشروط التي يحددها القانون.

- أحكام الفقرة الأولى من المادة ١٣ من الدستور التي تنص على أن "حرية الاعتقاد الديني مصونة، ولا يتوقف تمتع الفرد بحرياته العامة وبحقوقه المدنية على نوع معتقده الديني".

- أحكام المادة ٢٦ من الدستور التي تؤكد على مبدأ الفصل بين السلطات من خلال النص على أن الوظيفة التشريعية للدولة يمارسها مجلس النواب ورئيس الجمهورية، والوظيفة التنفيذية يمارسها رئيس الجمهورية والحكومة، والوظيفة القضائية تمارسها المحاكم التي تصدر أحكامها باسم الشعب اليوناني.

- واستناداً إلى النصوص الدستورية السابقة، يؤكد الفقه اليونانى على إمكانية إخضاع قوانين التعديل الدستورى لرقابة الدستورية؛ ويمكن أن يحدث ذلك عندما يجد القاضى نفسه -بمناسبة قضية معينة- أمام نص تشريعى صادر على أساس نص دستورى مُعدل. وهنا ينبغى على القاضى البحث فيما إذا كان التعديل الدستورى قد تم وفقاً للضوابط الإجرائية والموضوعية المنصوص عليها بالمادة ١١٠ سالفة الذكر من الدستور، وفى حالة مخالفة التعديل الدستورى للضوابط التى وضعتها هذه المادة فإن بحث مدى دستورية النص المطلوب من القاضى تطبيقه فى القضية المعروضة عليه، سوف تتم بالرجوع ليس إلى النص الدستورى المُعدل والذى أصبح بلا قيمة بسبب مخالفته لأحكام الدستور، ولكن بالرجوع إلى نص الدستور قبل تعديله(١).

المبحث الثانى
اتجاه بعض المشرعين الدستوريين
إلى إقرار "دعوى ضمانة الحقوق" لحماية الحقوق والحريات الأساسية.

لم يَلق اهتمام العديد من الدساتير الأوروبية بتوكيد حقوق وحريات الأفراد الأساسية بدون نتائج ملموسة على صعيد الدعوى الدستورية؛ فالمكانة المميزة التى تحتلها المبادئ والنصوص الدستورية المنظمة للحقوق والحريات الأساسية وتعلقها أكثر من غيرها من مبادئ ونصوص الدستور بالنظام العام الدستورى، أدت إلى حرص بعض المشرعين الدستوريين على تمكين الأفراد من اللجوء إلى القاضى الدستورى عن طريق آلية خاصة

---

(١) Epaminodas SPILIOTOPOULOS, Rapport Hellénique à la 10e table ronde internationale sur la "Révision de la constitution et justice constitutionnelle", A.I.J.C, 1994, pp. 124-125.

الهدف منها هو ردع كل انتهاك لحقوقهم وحرياتهم بواسطة التشريع العادى أو الفرعى أو حتى بواسطة الأحكام القضائية التى استُنفذت طرق الطعن فيها: هذه الآلية هى "الدعوى الدستورية الفردية" Recours constitutionnel individuel" أو "دعوى ضمانة الحقوق" Recours de garantie des droits"، التى أقرتها العديد من الدساتير الأوروبية وعلى وجه الخصوص دساتير كل من سويسرا والنمسا، وألمانيا ، وإسبانيا.

وقد يتساءل البعض عن جدوى وجود هذه الدعوى الدستورية الخاصة، خصوصاً فى ظل وجود آليات الرقابة الأخرى على دستورية القوانين، التى تنص عليها دساتير تلك الدول، والتى من بين أهدافها – مهما اختلفت أساليب تحريكها – حماية الحقوق والحريات.

ورداً على هذا التساؤل نقول بأن الحكمة من "دعوى ضمانة الحقوق" قائمة، وهى حكمة بالغة، على الرغم من احتواء الدساتير التى أقرتها على آليات فعالة للرقابة على دستورية القوانين: فالدعوى الدستورية العادية هى دعوى عينية Recours objectif بالأساس، الهدف منها تنقية النظام القانونى من التشريعات المخالفة لمبادئ الدستور وقواعده، بصرف النظر عن تعلق تلك المبادئ والقواعد بالحقوق والحريات أو بغيرها من القيم الدستورية الأخرى. أما "دعوى ضمانة الحقوق" فهى أقرب إلى الدعوى الشخصية Recours subjectif منها إلى الدعوى العينية، والهدف منها هو أن يجد الأفراد ملاذا خاصا وأخيرا للدفاع عن حقوقهم وحرياتهم الأساسية. وفضلاً عن ذلك، فإن القاعدة الخاضعة للرقابة فى إطار الدعوى الدستورية العادية فى معظم النظم القانونية هى القاعدة التشريعية

العادية. أما القاعدة الخاضعة للرقابة فى إطار "دعوى ضمانة الحقوق" فهى التشريعات العادية التى يسنها البرلمان، والتشريعات الفرعية التى تتخذها السلطة التنفيذية، بالإضافة إلى الأحكام القضائية النهائية التى استنفذت طرق الطعن فيها ومع ذلك يشكو البعض من انتهاكها لحقوقهم أو حرياتهم الأساسية.

ومن الدساتير التى أقرت أسلوب "دعوى ضمانة الحقوق" بغرض حماية الحقوق والحريات الأساسية، دستور الاتحاد السويسرى والدستور النمسوى، والدستور الألمانى، والدستور الإسبانى.

ونعرض فيما يلى لتنظيم "دعوى ضمانة الحقوق" فى النظم الدستورية السابقة، ثم نعقب ذلك ببيان موقف الفقه الفرنسى من هذه المسألة وذلك فى خمسة مطالب متتالية على النحول التالى:

المطلب الأول: دعوى ضمانة الحقوق فى سويسرا.

المطلب الثانى: دعوى ضمانة الحقوق فى النمسا.

المطلب الثالث: دعوى ضمانة الحقوق فى ألمانيا.

المطلب الرابع: دعوى ضمانة الحقوق فى إسبانيا.

المطلب الخامس: موقف الفقه الفرنسى من دعوى ضمانة الحقوق.

المطلب الأول: دعوى ضمانة الحقوق فى سويسرا.

وضع دستور الاتحاد السويسرى الصادر فى ٢٩ مايو ١٨٧٤ والمعدل فى ١٨ إبريل ١٩٩٩ أساس "دعوى ضمانة الحقوق" فى المادة ١٨٩ منه والتى تنص

فى الفقرة الأولى منها على أن: "تختص المحكمة الفيدرالية بالفصل فى الطلبات المتعلقة بانتهاكات الحقوق الدستورية".

وتكتسب الدعوى الدستورية الفردية "دعوى ضمانة الحقوق" أهمية كبيرة فى سويسرا. كما تلقى تطبيقاً واسعاً إذا كان موضوعها طلب الحكم بعدم دستورية القرارات واللوائح الإدارية التى من شأنها انتهاك الحقوق والحريات الأساسية للأفراد. ويرجع ذلك إلى ما عُرف عن سويسرا من عدم وجود محاكم إدارية فى معظم الكانتونات" Cantons أعضاء الاتحاد السويسرى (١).

ووفقاً للمادة ١/١٨٨ من دستور الاتحاد السويسري تعتبر المحكمة الدستورية الفيدرالية هى الهيئة القضائية العليا فى الاتحاد. وتختص بمقتضى المادة ١٨٩ من دستور الاتحاد – بمجموعة من الاختصاصات من بينها ، كما سبق وأشرنا، اختصاصها بالفصل فى "الدعاوى المتعلقة بانتهاك الحقوق الدستورية" ، على حد تعبير الفقرة ١ (أ) من هذه المادة.

والحقوق والحريات التى يمكن وصفها بالأساسية والتى يمكن للأفراد التوجه إلى المحكمة الدستورية الفردية فى حالة انتهاكها تضمنتها نصوص متعددة ومتفرقة من دستور الاتحاد السويسرى. وأهم هذه الحقوق والحريات ما يلى:

– الحق فى الكرامة الإنسانية (المادة ٧ من الدستور).

---

(١) راجع فى ذلك:
P. MAYSTADT, le contrôle de la constitutionnalité en suisse, in "Actualité de contrôle juridictionnelle de lois", Bruxelles, 1973, p. 171 et ss.

- الحق في المساواة (المادة ٨ من الدستور).
- الحق في الحماية ضد التسلط والاستبداد (المادة ٩ من الدستور).
- الحق في الحياة وفي الحرية الشخصية (المادة ١٠ من الدستور).
- حق الأطفال والشبيبة في مساعدة الدولة (مادة ١١ من الدستور).
- الحق في الحصول على المساعدة في حالات الفقر (المادة ١٢ من الدستور).
- الحق في الزواج وتكوين أسرة (المادة ١٤ من الدستور).
- حرية العقيدة (المادة ١٥ من الدستور).
- حرية الرأى (المادة ١٦ من الدستور).
- حرية الصحافة والنشر (المادة ١٧ من الدستور).
- حرية الاجتماع (المادة ٢٢ من الدستور).
- حرية تكوين الجمعيات (المادة ٢٣ من الدستور).
- الحق في حماية الملكية (مادة ٢٥ من الدستور).
- الحرية الثقافية (المادة ٢٨ من الدستور).
- الحق في التظلم الى السلطات العامة (المادة ٣ من الدستور).
- الحقوق في ممارسة الحقوق السياسية (المادة ٣٤ والمادة ٣٩ من الدستور)

المطلب الثانى: دعوى ضمانة الحقوق فى النمسا.

فى النمسا تنظم "دعوى ضمانة الحقوق" المادة ١٤٤ من دستور ١٩٢٠ فى فقراتها الثلاث (١).

- وبمقتضى الفقرة الأولى من المادة ١٤٤ سالفة الذكر، تختص المحكمة الدستورية بالفصل فى طعون الأفراد ضد القرارات الإدارية وقرارات "الدوائر الإدارية المستقلة"(٢). واللوائح الإدارية، والقوانين والمعاهدات الدولية إذ قدّر رافع الدعوى من الأفراد أن أياً من هذه القواعد تنتهك حقاً من حقوقه الدستورية.

وفى جميع الحالات لابد - لقبول دعوى ضمانة الحقوق — من استنفاذ طرق الطعن المسموح بها فى القرارات واللوائح الإدارية وقرارات الهيئات الإدارية المستقلة، والقوانين والمعاهدات الدولية موضوع هذه الدعوى.

- وطبقا للفقرة الثانية من المادة ١٤٤ من الدستور النمسوى، يمكن للمحكمة الدستورية - حتى تاريخ الجلسة المحددة للفصل فى دعوى

---

(١) لمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع، راجع: سيجبرت موشير، تقرير المحكمة الدستورية النمسوية الى المؤتمر الثامن للمحاكم الدستورية الأوروبية حول "تدرج القواعد الدستورية ودوره فى حماية الحقوق الأساسية"، المرجع السابق.

(٢) "الدوائر الإدارية المستقلة" فى النمسا هى عبارة عن التسمية النمسوية لما يُسمى فى فرنسا "الهيئات الإدارية المستقلة" **autorités administratives indépendantes**، وهى عبارة عن هيئات إدارية تتمتع بالشخصية المعنوية منحها المشرع بعض ضمانات الاستقلال فى مواجهة السلطات الإدارية العادية، لكى تتمكن من ممارسة اختصاصاتها. وهى تصدر قرارات تعد إدارية استناداً الى المعيار الشكلى وقضائيه استناداً الى المعيار المادى أو الموضوعى، حيث أناط بها المشرع الفصل مسائل معينة، ومثالها فى فرنسا "مجلس المنافسة" **Conseil de la concurrence** واللجنة الوطنية للمعلوماتية والحريات، **« Commission Nationale d'informatique et libertés,** وغيرها.

راجع فى ذلك:

- **M-J. GUEDON: Les autorités administratives indépendantes, paris L.G.D.J, 1991.**

ضمانة الحقوق- أن تصدر قراراً برفض نظر الطعن موضوع هذه الدعوى، إذا قدرت أن نظره لن يفضى إلى نتيجة ترضى رافع الدعوى، أو إذا لم يكن من شأن الحكم المتوقع صدوره فى هذه الدعوى أن يحسم بصورة نهائية مسألة دستورية القرار (الإدارى أو القضائى) أو التشريع أو المعاهدة موضوع الطعن.

وفى جميع الحالات فإن من المحظور على المحكمة الدستورية أن ترفض النظر فى موضوع الطعن بالصورة السابقة إذا كانت المسألة موضوع هذا الطعن من المسائل التى تخرج عن اختصاص المحكمة الإدارية بمقتضى المادة ١٣٣ من الدستور.

وتحتوى المادة ١٣٣ سالفة الذكر على أربع فقرات يعنينا منها الفقرة الأولى التى تنص على أنه: "تخرج عن اختصاص المحكمة الإدارية المسائل التالية:

١- المسائل التى تدخل فى اختصاص المحكمة الدستورية.

..............................."

والحكمة واضحة من الحظر الذى أوردته الفقرة الثانية من المادة ١٤٤ من الدستور على المحكمة الدستورية، وتتمثل فى تفادى حالات إنكار العدالة. حيث ليس من المعقول أن تخرج المسألة عن اختصاص المحكمة الإدارية، ثم ترفض المحكمة الدستورية نظرها وإصدار حكم فيها.

- أما الفقرة الثالثة من المادة ١٤٤ من الدستور النمسوى، فتقضى بأنه إذا انتهت المحكمة الدستورية — فى مرحلة تحضير دعوى ضمانة الحقوق

للفصل فيها – إلى أن القرار الإدارى أو القرار الصادر عن إحدى الدوائر الإدارية المستقلة موضوع الدعوى لا يمثل انتهاكاً لحق من الحقوق الدستورية للطاعن. أو إذا انتهت إلى أن المسألة موضوع هذه الدعوى ليست من المسائل التى تخرج عن اختصاص المحكمة الإدارية طبقاً للمادة ١٣٣ من الدستور. فينبغى عليها أن تحيل المسألة موضوع الدعوى إلى المحكمة الإدارية التى ستبحث فيما إذا كانت حقوق المدعى قد أضيرت بفعل القرار المطعون فيه.

ومن الواضح أن هذه الفقرة تحاول أن تنأى بالمحكمة الدستورية النمسوية عن البحث بصورة مباشرة فى مدى دستورية القرارات الإدارية والقرارات التى تصدرها الدوائر الإدارية المستقلة وهى قرارات قضائية وفقاً للمفهوم المادى، طالما أن المختص بالبحث فى هذه المسائل هو المحكمة الإدارية المختصة التى سوف تتبين هى الأخرى من خلال بحثها لمدى مشروعية هذه القرارات ما إذا كان هناك انتهاك للحقوق الدستورية للطاعن من عدمه.

وفى النهاية، فإن المتأمل فى تنظيم المادة ١٤٤ من الدستور النمسوى لدعوى ضمانة الحقوق. لابد وأن يلحظ التزام المشرع الدستورى النمسوى بمنطق هذه الدعوى وبكونها ملاذاً أخيراً لمن أضيرت حقوقهم الدستورية بواسطة التشريعات العادية والفرعية أو بواسطة الأحكام القضائية النهائية؛ فليس من حق رافع الدعوى الاستفادة من الحماية القضائية التى تضمنها هذه الدعوى إذا كان بإمكانه مهاجمة القرار أو التشريع المطعون فيه بطريقة أخرى من طرق الطعن العادية.

المطلب الثالث: دعوى ضمانة الحقوق فى ألمانيا.

كان المشرع الألمانى قد أقر أسلوب الدعوى الدستورية الفردية للمرة الأولى فى قانون المحكمة الدستورية الصادر فى ١٢مارس ١٩٥١، ثم أقره المشرع الدستورى الألمانى بمقتضى التعديل الذى أدخل على الدستور الاتحادى فى ٢٩ يناير ١٩٦٩[١].

وفى هذا الخصوص تنص المادة ٩٣ (معدلة) من الدستور الاتحادى الألمانى على أن:

" تفصل المحكمة الدستورية فى :

....

....

....

١- الدعاوى الدستورية التى يمكن رفعها بواسطة كل من يدعى أن السلطة العامة قد انتهكت حقاً من حقوقه الأساسية المنصوص عليها فى المواد ٤/٢٠، ٣٨، ١٠١، ١٠٣، ١٠٤ من الدستور الاتحادى .

وكنا قد أشرنا إلى هذه الحقوق ونحن بصدد الحديث عن تجليات فكرة النظام العام الدستورى على مستوى نصوص الدساتير الحديثة المنظمة للحقوق والحريات الأساسية ، ورأينا أن المشرع الدستورى الاتحادى فى

---

(١) لمزيد من التفاصيل حول "دعوى ضمانة الحقوق" فى ألمانية، راجع على وجه الخصوص:
جان-كلود بيجين، الرقابة على دستورية القوانين فى جمهورية ألمانيا الاتحادية، المرجع السابق ص١٠٥ وما بعدها

ألمانيا قد حظر على السلطة التأسيسية المشتقة (سلطة تعديل الدستور) المساس بالنصوص الدستورية المنظمة لمعظم هذه الحقوق، بما يعنى استحالة تعديلها إلا إذا كان الغرض من التعديل هو زيادة تمكين الأفراد من ممارستها والتمتع بها(١).

والدعوى الدستورية الفردية (دعوى ضمانة الحقوق) ترفع كما قلنا بواسطة كل فرد يرى أن حقاً من حقوقه الأساسية المنصوص عليها فى المواد ٢٠/٤، ٣٨، ١٠١، ١٠٣، ١٠٤ من الدستور قد انتهك من قبل أى عمل من أعمال السلطة العامة (المقصود هو السلطات السياسية الثلاث فى الدولة).

والواقع أن الفقرة الرابعة من المادة ٢٠ من الدستور الاتحادى الألمانى تؤكد على حق الشعب الألمانى فى مقاومة كل من يخرج على القيم الأساسية التى تقوم عليها دولة الاتحاد الألمانى أو ينقلب عليها بقولها إن: "لكل الألمان الحق فى مقاومة كل من يشرع فى الانقلاب على هذا النسق، إذا انعدمت الوسائل الأخرى الممكنة" (٢).

والمادة ٣٨ من الدستور الألمانى تؤكد على حق الانتخاب لكل من توافرت فيه شروط ممارسته، كما تؤكد على مبدأ الانتخاب المباشر السرى العام الذى يجرى فى إطار مبدأ المساواة لاختيار أعضاء البرلمان الألمانى.

أما المادة ١٠١ من هذا الدستور، فتحظر تشكيل المحاكم الاستثنائية. وتحظر اخضاع الفرد لغير قاضيه الطبيعى، كما تقصر الحق فى إنشاء المحاكم على البرلمان وحده.

---

(١) راجع ما سبق بهذا الخصوص عند الحديث عن القيود المفروضة على سلطة تعديل الدستور فى ألمانيا.

(٢) راجع ما سبق بخصوص هذه المادة، عند الحديث عن القيود الموضوعية المفروضة على سلطة تعديل الدستور فى ألمانيا.

وفيما يتعلق بالمادة ١٠٣ فهى تؤكد على حق كل إنسان فى أن تسمع شكواه أمام المحاكم، وتحظر رجعية القوانين الجنائية. كما تمتنع "الجمع بين العقوبات الجنائية" Cumul de peines.

أما المادة ١٠٤ من دستور الاتحاد الألمانى، فهى تحظر تقييد حرية الفرد إلا بمقتضى قانون صادر عن البرلمان فى الحدود المنصوص عليها فى الدستور، كما تحظر التعرض للسلامة الجسدية والنفسية للموقوفين، وتمنع القاضى وحده حق الفصل فى مسائل سلب الحرية، بالإضافة إلى ضمانات أخرى خاصة بالحريات الفردية.

ومن الطبيعى أن الحقوق والحريات التى تؤكدها النصوص الدستورية سالفة الذكر تستفيد من الحماية القضائية التى تقدمها الدعوى الدستورية العادية مهما اختلفت أساليب تحريكها، ولكنها تستفيد علاوة على ذلك من الحماية القضائية الخاصة التى تقدمها "دعوى ضمانة الحقوق". وكأن هذه الحقوق بالذات تستحق — من وجهة نظر المشرع الدستورى الألمانى — أن تستفيد من حماية قضائية مزدوجة . وهذا دليل على تعلق النصوص الدستورية التى تنظمها أكثر من غيرها بالنظام العام الدستورى.

وطبقاً للفقرة الأولى من قانون المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية يمكن لأى من الأفراد التوجه إلى المحكمة مباشرة طالباً منها الحكم بإلغاء أحد القرارات الإدارية أو أحد القوانين، أو أحد الأحكام القضائية النهائية. إذا قدّر أنه من شأن القرار الإدارى أو الحكم القضائى أو القانون انتهاك حق من حقوقه أو حرية من حرياته الأساسية المنصوص عليها فى النصوص الدستورية سالفة الذكر. ويقدم الطعن خلال شهر واحد من تاريخ علم

صاحب المصلحة بالقرار الإدارى أو الحكم القضائي. وخلال عام من تاريخ دخول القانون فى التطبيق. وبطبيعة الحال لابد وأن يكون الطاعن قد استنفذ طرق الطعن المتاحة فى القرار الإدارى والحكم القضائى بحيث يكونا قد أصبحا نهائيين. وفى جميع الحالات. لا يقبل الطعن إلا إذا كانت هناك مصلحة حالة ومباشرة يبغي الطاعن حمايتها من خلال طعنه.

المطلب الرابع: دعوى ضمانة الحقوق فى إسبانيا.

فى إسبانيا، اهتم المشرع الدستورى الإسباني بأسلوب الدعوى الدستورية الفردية اهتماماً واضحا؛ وتسمى هذه الدعوى فى النظام الدستورى الإسباني: El recurso de Amboro. وبالفرنسية تعنى Recours d'amporo. وكلمة Amporo الإسبانية تعنى "الملاذ" أو الضمانة(١)، ولذلك حين أراد أحد الفقهاء ترجمتها إلى الفرنسية أعطاها تسمية "Recours de garantie des droits" . أى دعوى ضمانة الحقوق (٢) وهى تسمية تبدو لنا أكثر تعبيرا عن الهدف من هذه الدعوى والمتمثل فى تشديد الحماية القضائية للحقوق والحريات الأساسية. ولذلك اعتمدناها كتسمية للدعوى الدستورية الفردية فى النظم الدستورية التى تعرضنا لها بالدراسة فيما سبق.

---

١ راجع فى ذلك:

- Jorques GUASCH, la mise en cause de la constitutionnalité des lois à travers le recours d'amparo en Espagne, R.I.J.C, 1992 p 25 et ss.
- A. LATORRE SEGURA ET L. DIEZ-PICAZO : « Le tribunal constitutionnel espagnol », Rapport espagnol à la VII[e] conférence des cours constitutionnelles européennes, A.I.J.C, 1987, p 86.

٢ راجع فى ذلك ترجمة الأستاذ Jean-Pierre MAURY للدستور الإسبانى إلى اللغة الفرنسية. والمنشور على شبكة المعلومات الدولية (internet) على الموقع الإلكترونى التالى:

http://www.mip.univ-perp fr/constit/es1978.htm

وطبقاً للفقرة الأولى من المادة ١٦١ من الدستور الإسباني الصادر في عام ١٩٧٨: "تختص المحكمة الدستورية بالنظر في:

أ- ....

ب- دعوى ضمانة الحقوق في حالة انتهاك الحقوق والحريات المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة ٥٣ من هذا الدستور، في الحالات وطبقاً للإجراءات التي يحددها القانون".

وبالرجوع إلى الفقرة الثانية من المادة ٥٣ من الدستور الإسباني نجدها تنص في هذا الخصوص على الآتي:

١- ....

٢- يمكن لكل مواطن أن يطالب بحماية الحقوق والحريات المعترف بها في المادة ١٤ وفي المبحث الأول من الفصل الثاني من هذا الدستور أمام المحاكم العادية، وفقاً لإجراءات أولوية ومختصرة، وعند اللزوم عن طريق دعوى ضمانة الحقوق أمام المحكمة الدستورية".

ووفقاً لهذا النص يمكن تحديد الحقوق والحريات التي يمكن تحريك "دعوى ضمانة الحقوق" لحمايتها بالرجوع إلى نص المادة ١٤، ونصوص المواد التي يتضمنها الجزء الأول من الفصل الثاني من الدستور الإسباني.

وتنص المادة ١٤ من الدستور الإسباني على أن:

"الاسبان متساوون أمام القانون، بدون أى تمييز على أساس الميلاد، أو الأصل أو الجنس أو الدين أو الرأى، أو على أساس أى ظرف آخر شخصى أو اجتماعى".

والجزء الأول من الفصل الثانى من الدستور الإسبانى يحمل عنوان "الحقوق الأساسية والحريات العامة، ويضم المواد من ١٥ إلى ٢٩. ومن أهم الحقوق والحريات الأساسية التى يتضمنها هذا المبحث الحقوق والحريات التالية:

- الحق فى الحياة وفى السلامة البدنية والنفسية (المادة ١٥ من الدستور).
- حرية الرأى والعقيدة وممارسة الشعائر الدينية (المادة ١٦ من الدستور).
- الحق فى الحرية وفى الأمن Sûreté (المادة ١٧ من الدستور).
- الحق فى الشرف وفى الخصوصية الشخصية والعائلية (المادة ١٨ من الدستور).
- حق الاسبان فى اختيار مكان إقامتهم بحرية، وحقهم فى التنقل داخل إقليم الدولة، وفى مغادرة إقليم الدولة والعودة إليه بحرية (المادة ١٩ من الدستور).
- الحق فى ممارسة حرية الاجتماعات بدون الحصول على ترخيص سابق (المادة ٢١ من الدستور).
- الحق فى تكوين الجمعيات الأهلية (المادة ٢٢ من الدستور).

- حق المواطنين فى المشاركة فى الحياة العامة بصورة مباشرة أو من خلال ممثليهم المختارين بحرية عن طريق الاقتراع العام (المادة ٢٣ من الدستور).
- حق الشخص فى الحماية القضائية الفعلية أثناء ممارسة حقوقه وحرياته ومصالحه المشروعة (المادة ٢٤ من الدستور).
- الحق فى التعليم (المادة ٢٧ من الدستور).
- الحق فى تكوين النقابات المهنية . وحق العمال فى الاضراب للدفاع عن مصالحهم المشروعة (المادة ٢٩ من الدستور).

هذا ولا يقتصر الحق فى تحريك "دعوى ضمانة الحقوق" فى إسبانيا على الأفراد ممن أضيرت حقوقهم وحرياتهم الأساسية، بل إن الدستور الإسبانى وسَّع من مفهوم أصحاب المصلحة فى ذلك عندما منح بالفقرة الأولى (ب) من المادة ١٦٢ منه هذا الحق لكل شخص طبيعى أو معنوى يثبت أن له مصلحة فى رفع هذه الدعوى، بالإضافة إلى "محامى الشعب" Défenseur du Peuple [1] والنيابة العامة. وفى هذا دليل على تشديد

---

(١) يمثل محامى الشعب ويسمى كذلك وسيط العدالة "**Ambudsman**" إحدى الضمانات السياسية ذات الخصوصية للحقوق والحريات، ويمثل بلا شك وسيلة إضافية لحماية الناس من تعسف جهة الإدارة على وجه الخصوص. وقد أنشأ هذا النظام للمرة الأولى فى السويد عام ١٨٠٩. ويتم انتخاب القائم بهذه المهمة –فى الدول التى تعمل بهذا النظام – بواسطة البرلمان، ويقوم بناء على تفويض من هذا الأخير بمراقبة تنفيذ القوانين واللوائح بواسطة المحاكم وجهة الإدارة وقد انتشر العمل بهذا النظام فى كل الدول الإسكندنافيه وكذلك فى عدد غير قليل من الدول الأخرى مثل بريطانيا ومعظم دول الكومنولث البريطانى وألمانيا وفرنسا والبرتغال وإسبانيا، ولمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع، راجع:

- **Agence intergouvernementale de la francophonie: « la médiation et l'Etat de droit ; Actes du séminaire régional d'échanges, Sofia, Bulgarie, 29 septembre- 30 octobre 1989.**

الحماية القضائية للنصوص الدستورية المنظمة للحقوق والحريات الأساسية باعتبارها تتعلق أكثر من غيرها من نصوص الدستور بالنظام العام الدستوري.

المطلب الخامس: موقف الفقه الفرنسي من دعوى ضمانة الحقوق.

في فرنسا، حيث توجد الرقابة السابقة على دستورية القوانين والتي تتحرك بناء على طلب من مجموعة من السلطات العامة ، من غير المسموع للأفراد بالتوجه بدعاواهم الدستورية إلى المجلس الدستوري إلا في حالة الطعون في نتائج الانتخابات التشريعية ونتائج الاستفتاءات العامة(١). وبالتالي لا يعرف القانون الفرنسي أسلوب "الدعوى الدستورية الفردية" أو ما يسمى كذلك "دعاوى ضمانة الحقوق".

ومع ذلك فقد ذهب بعض الفقه الفرنسي إلى أن النظام القانوني الفرنسي يتضمن من آليات الرقابة القضائية ما يمكن أن يؤدي الغرض من "دعوى ضمانة الحقوق" المعروفة في النظم الدستورية الأوروبية السابق دراستها: وتتمثل هذه الآليات في إمكانية دفع انتهاكات حقوق وحريات الأفراد الأساسية بواسطة القضاء العادي وذلك استناداً إلى المادة ٦٨ من دستور ١٩٥٨ التي تنص في فقرتها الثانية على أن "تحافظ السلطة القضائية على الحرية الفردية. وتضمن احترام هذا المبدأ بالشروط المنصوص عليها في القانون". ويقوم بهذه المهمة القاضي العادي. إذا كان مصدر هذه

(١) Tierry RENOUX, le recours des particuliers devant le conseil constitutionnel, paris, Economica, 1991, pp. 265 et ss.

الانتهاكات الأفراد العاديين، والقاضى الإدارى إذا كانت السلطة التنفيذية هى مصدر هذه الانتهاكات(١).

ومع ذلك نرى أنه لا وجه للمقارنة بين ما تقدمه بعض النظم الدستورية الأوروبية فى صورة "دعوى ضمانة الحقوق". وبين ما يقدمه النظام الدستورى الفرنسى من آليات لحماية الحقوق والحريات ضد انتهاكات الأفراد أو السلطة التنفيذية وتوجد فى كل النظم الدستورية الحديثة تقريباً.

(١) راجع فى تفاصيل ذلك، جان كلود بيجين، المرجع السابق، ص١١٠.

الخاتمة

رأينا من خلال دراستنا لفكرة النظام العامة الدستورى وأثرها فى تحديد نطاق الدعوى الدستورية، أن للنظام العام الدستورى معنيين: الأول عام ويغطى كافة قواعد الدستور ومبادئه. أما الثانى فخاص ويندرج تحته مجموعة القواعد الدستورية التى احاطتها السلطة التأسيسية الأصلية -صراحة أو ضمناً- بحماية خاصة، سواء عن طريق استثنائها من مبدأ التعديل أو من خلال إحاطتها بحماية قضائية خاصة.

والواقع أن النظام العام الدستورى بمعناه العام أو الواسع، يفرض ضرورة تمتع كل قواعد الدستور ومبادئه بالحماية الواجبة للقواعد الدستورية. عملاً بمبدأ تدرج القواعد الدستورية الذى يهيمن على جميع النظم القانونية الحديثة، والذى يفرض على القاضى الدستورى ضرورة تغليب القاعدة الدستورية على القواعد الأخرى الأدنى منها فى المرتبة. ومن هذا المنطلق فإن جميع قواعد الدستور تتعلق بالنظام العام.

أما النظام العام الدستورى بمعناه الضيق أو الخاص، فمؤداه استفادة بعض قواعد الدستور ومبادئه بحماية إضافية خاصة تفرضها السلطة التأسيسية الأصلية أو المحاكم الدستورية ذاتها، بوصفها حامية الدساتير. والتى يتأثر أسلوب تناولها للدعوى الدستورية بفكرة النظام العام الدستورى خصوصاً بمعناها الضيق.

فقد رأينا ونحن بصدد الحديث عن التدرج المادى بين القواعد الدستورية، أن هذه القواعد تعبر عن قيم تتفاوت فى المرتبة، بحيث يكون من اللازم تأمين حماية أكثر للقواعد الدستورية التى تعبر عن قيم أعلى.

وهذا ما رأيناه ونحن بصدد الحديث عن القيود الشكلية والموضوعية التى يفرضها المشرعون الدستوريون على سلطة تعديل الدستور. التى تفقد القدرة على تعديل بعض النصوص الدستورية المتعلقة بشكل النظام السياسى فى الدولة وبفلسفتها السياسية والاجتماعية. وببعض حقوق وحريات الأفراد الأساسية. إلا إذا كان من شأن هذا التعديل تحسين درجة الاستفادة من هذه النصوص. مع ملاحظة أن وجود مثل هذه القيود ليس من شأنه أن يؤدى الى تقسيم القواعد الدستورية الى قواعد دستورية عادية وأخرى فوق دستورية. وذلك حفاظاً على مبدأ وحدة الدستور.

وعلاوة على الحماية التشريعية التى تتمتع بها القواعد الدستورية التى تعبر عن قيم أعلى والمتمثلة فى عدم قابليتها للتعديل أو المساس، توجد كذلك الحماية القضائية المتمثلة فى وجود بعض آليات الرقابة على دستورية القوانين التى تهدف الى ضمان إعمال إرادة المشرع الدستورى فى حماية هذا النوع من القواعد الدستورية.

ومن أهم هذه الآليات إعمال العديد من المحاكم الدستورية لسلطتها فى التفسير بطريقة تضمن لها استخدام ما تسمح لها به بعض الدساتير من التصدى لفرض الحماية القضائية المناسبة لأحكام الدستور. عن طريق إثارة عدم دستورية نصوص تشريعية لم يطلب إليها المتقاضون الحكم بعدم دستوريتها. حتى لو أدى ذلك إلى خروجها عن نطاق الدعاوى الدستورية المعروضة أمامها، بحيث تبدو بعض هذه المحاكم وكأنها تنعقد من تلقاء نفسها لبحث مدى دستورية التشريعات.

وفضلاً عن ذلك، توجد وسائل أخرى لا تقل في الأهمية عن الوسيلة السابقة بل تزيد، وتهدف هذه المرة إلى تأمين أكبر قدر من الحماية القضائية لمجموعة القواعد التي عاملها المشرعون الدستوريون معاملة خاصة عن طريق حظر المساس بها من قبل سلطة تعديل الدستور إذا كان من شأن ذلك أن يؤدي الى الحد من فائدتها أو تعطيل الحكمة من وجودها، نظراً لتعلقها أكثر من غيرها بالنظام العام الدستوري؛ ومن أهم هذه الوسائل ما ذهبت إليه بعض المحاكم الدستورية من القبول بفكرة الرقابة على دستورية قوانين تعديل الدستور، وما أقره بعض المشرعين الدستوريين للأفراد من إمكانية التوجه الى المحاكم الدستورية بدعوى خاصة يطلق عليها "الدعوى الدستورية الفردية"، أو "دعوى ضمانة الحقوق"، الغرض منها تحديداً حماية حقوقهم وحرياتهم الأساسية ضد ما يصدر من السلطات العامة من تشريعات فردية وعادية وأحكام قضائية نهائية في بعض الأحيان.

وفي النهاية يمكن القول بأن الهدف الأساسي للنظام العام -بمعناه الضيق على وجه الخصوص- هو الحفاظ على أكبر قدر ممكن من الثبات والاستقرار للنظم الدستورية، وتعميق مفهوم دولة المؤسسات، وذلك من خلال التقليل بقدر الامكان من تأثير أشخاص الحكام على توجهات الدول والشعوب.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع العربية:

أ – المراجع العامة والمتخصصة:

– دكتور إبراهيم محمد على، شرط المصلحة فى الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، ١٩٩٦.

– دكتور أحمد فتحي سرور: الحماية الدستورية للحقوق والحريات، الطبعة الأولى، دار الشروق، ١٩٩٩.

– دكتور أحمد هندي : أصول قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعات الحديثة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٢.

– دكتور رمزي طه الشاعر: النظرية العامة للقانون الدستوري ، دار النهضة العربية، ١٩٨٣.

– دكتور سامي جمال الدين: تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٦.

– دكتور سمير تناغو: النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، إسكندرية، ١٩٨٥.

- دكتور صوفي أبو طالب: تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، ١٩٨٧.

- دكتور عادل عمر شريف؛ القضاء الدستوري؛ قضاء الدستورية في مصر، دار النهضة العربية، ١٩٨٨.

- دكتور فتحي والى: الوسيط في قانون القضاء المدني، ١٩٨١.

- دكتور محمد كامل ليله:القانون الدستوري، دار الفكر العربي،١٩٧١.

- دكتور محمد محمد بدران. مضمون فكرة النظام العام ودورها فى مجال الضبط الإدارى، دار النهضة العربية، ١٩٩٢.

- مستشار محمد نصر الدين كامل: الدعوى وإجراءاقما في القضاء العادي والإداري، عالم الكتب، ١٩٨٩.

- دكتور محمود مصطفى يونس: نحو نظرية عامة لفكرة النظام العام في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ١٩٩٦.

- دكتور مصطفى أبو زيد فهمي: النظام الدستوري للجمهورية العربية المتحدة، ١٩٦٦.

- دكتور مصطفى أبو زيد فهمي: الوجيز في القانون الدستوري والنظام السياسية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٩.

- دكتور وجدي راغب فهمي: مبادئ القضاء المدني، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، ١٩٨٦.

ب - دراسات وتعليقات:

- دكتور عبد الرازق السنهوري: مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مجلة مجلس الدولة، السنة الثالثة، يناير ١٩٥٢.

- دكتور محمود حلمي: تدرج القواعد القانونية، مجلة العلوم الإدارية، السنة الخامسة، العدد الأول.

- دكتور مصطفى كمال وصفي: النظرة الحديثة للمشروعية في القانون الإداري، مجلة العلوم الإدارية، السنة الثامنة عشرة، العدد الثاني، أغسطس ١٩٧٦.

- دكتور وهيب عياد سلامة: أسلوب إصدار المحكمة الدستورية لأحكامها. دار النهضة العربية، ١٩٩٢.

ثانيًا: المراجع الأجنبية:

أ – المراجع العامة والمتخصصة (تتضمن رسائل دكتوراة، أعيد نشرها فى تواريخ لاحقة على مناقشتها، مُنقحة ومزيدة:

- **AUBY (J–M) et DRAGO (R): traité du contentieux administratif, tome I, Paris, 1984.**

- **BERNARD (P): L'ordre public en droit administratif. Paris, L.G.D.J, 1962.**

- **BON (P), MODERNE (F) et RODRIGUEZ (Y) : la justice constitutionnelle en Espagne, P.U.A.M, 1984.**

- **COLLIARD (J-Cl.) : les régimes parlementaires contemporains, Paris, 1978.**

- **DEBOUY (C) : les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse, Paris, P.U.F. 1980.**

- **DI MANO (Th) ; le conseil constitutionnel et les moyens et conclusions soulevés d'office, Economica – P.U.A.M. 1994.**

- **DRAGO (G) : l'exécution des décisions du conseil constitutionnel; l'effectivité de contrôle de constitutionnalité des lois, Economica - P.U.A.M, 1991.**

- DUGUIT (L) : traité du droit constitutionnel. 2e ed. 1921.

- FAVOREU (L) : (sous la direction de..) : Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux ; Actes du colloque des 19-21 février 1981, Economica - P.U.A.M, 2eme tirage, 1987.

- FAVOREU (L) : les cours constitutionnelles collection que- sais- je, Paris, P.U.F. 1992.

- GOGUEL (F) : les institutions politiques françaies, cours à l'institut d'études politiques, de Paris, 1967-1968.

- KORNPROBST (B); le notion de partie et le recours pour excès de pouvoir Paris, L.G.D.J. 1959.

- LAMBERT, (E), Le gouvernement des Juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis Paris, 1921.

- LAUVAUX (P): parlementarisme rationalisé et subtilité du pouvoir executif Bruxelles, 1988.

- MERLE (R) et VITU (A): traité du droit criminel, Paris, Cujas, 1967.

- ODENT (R): contentieux administratif, les cours de droit, 1981.

- PEUSH (J); contribution à l'étude des moyens d'ordre public devant les juridictions administratives, Annales de la faculté de droit, Beyrouth, 1962.

- ROCHE (J); libertés publiques, Paris, Dalloz 1992.

ب – رسائل دكتوراة:

- Jeanneau (B) : les principes généraux de droits dans la jurisprudence, thèse, paris, 1954.

- MENESTRIER (J) : le moyen d'ordre public, thèse, Toulouse, 1965.

جـ – دراسات ومقالات وتعليقات:

- AUBY (J-M) : l'ultra-petita dans la procédure administrative contentieuse, mélanges marcel WALINE, Paris, 1974. PP. 267 et ss.

- AUBY (J-M) : sur l'étude de la hiérarchie des normes en droit public, mélanges PELLAUX, Paris, 1980, pp 96 et ss.

- BANDINTER (R), intervention orale au colloque sur la déclaration des droits de L'homme et du citoyen et la jurisprudence, Paris, P.U.F. 1989.

- BERLIA (G); la loi constitutionnelle du 10 juillet 1940, R.D. P. 1944, PP. 45 et ss.

- COUR D'ABITRAGE BELGE : Rapport belge à la VIII[ème] conférence des cours constitutionnelles européennes sur : «la hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux». A.I.J.C. 1990, P.61 et ss.

- DEBENE (M) : le conseil constitutionnel et les principes particulièrement nécessaires à notre temps A.J.D.A, 1978, PP. 531 et ss.

- DELMAS-MARTY, (M) : légalité pénale et prééminence du droit selon la convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, mélanges André VITU, paris, Cujas 1989, PP. 155 et ss.

- DELPERE (F), RASSON (A) et VERDOUSSEN (M) : rapport belge à la 10[ème] table ronde internationale des 16-17 septembre 1994, sur la « Révision de la constitution et justice constitutionnelle » A.I.J.C, 1994, PP. 35 et ss.

- DORSNER-DOLIVET (A) et BONNEAU (T) : l'ordre public, les moyens d'ordre public en procédure, D. chroniques, 1986. PP 59.et ss.

- FAVOREU (L) : Bloc de constitutionnalité in « Dictionnaire constitutionnel », sous la direction de olivier DUHAMEL et Yves many, Paris. P.U.F. 1992.

- FAVOREU (L) : la jurisprudence du conseil constitutionnel et le droit de proprité proclamé par la déclaration de 1789, in «la déclaration des droits de l'Homme et la jurisprudence, ouvrage collectif, paris, P.U.F. 1989, PP. 66 et ss.

- FAVOREU(L) : la protection des droits et libertés fondamentaux, A.I.J.C, 1985, PP. 183 et ss.

- FAVOREU (L) : le droit constitutionnel jurisprudentiel, R.D.P. 1986, PP. 491, et ss.

- FAVOREU (L) : les libertés protégées par le conseil constitutionnel, in « la cour européenne des droits de l'Homme et le conseil constitutionnel' Actes du colloque des 20-21 Janvier (montpelliér), 1989, PP. 37 et ss.

- FAVOREU (L) : les normes de référence, in « Le conseil constitutionnel et les partis politiques » Journée d'études du 13 mars 1987, P.U.A.M, 1988, PP. 69 et ss.

- FLAUS (J-F) : les droits sociaux dans la jurisprudence du conseil constitutionnel, Revue de droit social, 1982, P. 652 et ss.

- GENEVOIS (B), intervention orale au colloque sur 'la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen dans la jurisprudence » paris. P.U.F. 1989, PP. 65-66.

- GENEVOIS, (B) : et BADINTER (R): rapport français à la VIIIème conférence des cours constitutionnelles, européennes (Ankara 7-10 mai 1990) sur «la hiérarchie des normes constitutionnelles et sa Fonction dans la protection des droits fondamentaux». A.I.J.C. 1990, PP. 133 et ss.

- GENEVOIS (B) : François XAVIER (F) et M. GENTOT (M), la marque des idées et principes dans la jurisprudence du conseil d'Etat et du conseil constitutionnel, E.D.C.E, No 40, 1988.

- GOGUEL (F) : objets et protée de la protection des droits fondamentaux, in « cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux » actes du colloque d'Aix-en-Provence, février 1981, Economica- P.U.A.M., 1987. P. 236 et ss.

- HEURTE (A): la Notion d'ordre public dans la procédure administrative, R.D.P. 1953, PP. 615 et ss.

- JAQUÉ (J-P) : les moyens d'ordre public dans le contentieux de pleine Juridiction en France, mélanges Stassimopoulos, paris, L.G.D.J, 1974, pp. 229 et ss.

- JOUNJAN (O): Rapport allemand à la 10ème table ronde internationale des 16-17 septembre 1994 sur la « Révision de la constituion et justice constitutionnelle' A.I.J.C, 1994, PP. 229 et ss.

- KNAPP (B) : Rapport suisse à la 10ème table ronde internationale de 16-17 septembre 1994, sur la « Révision de la constitution et justice constitutionnelle » A.I.J.C, 1994, PP. 245 et ss.

- LUCHAIRE (F), le conseil constitutionnel et la protection des droits et liberté, mélanges Marcel Waline, tome 2, L.G.D.J. 1974, PP. 572 et ss.

- LUCHAIRE, (F) le conseil constitutionnel et la protection des droits et libertés des citoyens, mélanges Waline tome II, Pairs. L.G.D.G. 1974, PP.546 et ss.

- LUSSIANI (M) : Rapport italien à la VIII e conférence des cours constitutionnelles européennes (Ankara 7-10 mai 1990), sur « la hiérarchie des

normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondementaux », A.I.J.C. 1990, PP. 161 et ss.

- Malaurie (P) : L'ordre public et l'office du juge, D. 1956, pp. 517 et ss.

- Malaurie (P) : Note sous l'arrêt du CE du 18 mars 1955, D. 1956, p. 517.

- MATHIEU (B) et VERPEAUX (M), (sous la direction de) : la République en droit français, actes du colloque de Dijon des 10 et 11 Décembre 1992, Economica 1992.

- MESTRE (J-L), le conseil constitutionnel, la liberté d'entreprendre et la propriété, D. 1984, Chro. I, pp. 1 et ss.

- MIRANDA (J), De ALMEIDA (L-N) et RIBIRO MENDES (A) : Rapport portugais à la 10ème table ronde internationale des 16-17 septembre 1994, sur la « Révision de la constitution et justice constitutionnelle ». A.I.J.C, 1994, pp. 171 et ss.

PHILIP (L), la valeur juridique de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 Août 1789 selon la jurisprudence du conseil constitutionnel, mélanges P. Kayser, Tome 2. P.U.A.M. 1979, p. 335.

- RIALS (S), Les incertitudes de la notion de constitution, sous la V^ème^ République R.D.P, 1984, pp. 587 et ss.

- RIALS (S), supra-constitutionnalité et systématisation du droit, archive de philosophie du droit, 1987, pp. 87 et ss.

- RIVERO (J) : Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, D. 1972, chronique, pp. 265 et ss.

- RUBIO LLORENTE (F) : Rapport espagnol à la 10ème table ronde internationale des 16-17 septembre 1994 sur la « révision de la constitution et justice constitutionnelle, A.I.J.C, 1994, pp 75 et ss.

- SCHMITTER (G): l'incompétence négative du législateur et des autorités administratives, A.I.J.C, 1989. pp. 137 et ss.

- SPILIOTOPOULOS (E) : Rapport hellénique à la 10ème table ronde internationale des 16-17 septembre 1994 sur la « révision de la constitution et justice constitutionnelle » A.I.J.C, 1994, pp. 119 et ss.

- TERNEYRE (P) : point de vue Français sur la hiérarchie des droit fondamentaux, in « études du

droits constitutionnel franco-portugais », paris, Economica, 1994, pp. 49 et ss.

- VEDEL (G) : la place de la déclaration de 1789 dans le Bloc de constitutionnalité, in « la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen dans la jurisprudence », Actes du colloque des 25-26 mai 1989, paris, P.U.F, 1989, pp. 48 et ss.

- VIMBERT (C) : l'ordre public dans la jurisprudence du conseil constitutionnel, R.D.P 1994, pp. 693 et ss.

- VINCENT (J) : la procédure civile et l'ordre public, mélanges Roubier, p. 328 et ss.

المحتـــويات

الموضوع	رقم الصفحة

الموضـــــــوع	رقم الصفحة
المطلب الثانى: رخصة التصدى فى القانون الألمانى	١١٧
الفرع الأول: استعمال المحكمة الدستورية الألمانية لرخصة التصدى فى إطار الدعوى الفردية بعدم الدستورية "دعوى ضمانة الحقوق"	١١٨
الفرع الثانى: حالات تصدى المحكمة الدستورية الألمانية لبحث مدى دستورية بعض النصوص منبته الصلة بالنزاع المعروض عليها	١٢٠
المطلب الثالث: رخصة التصدى فى القانون الإسبانى	١٢٣
الفرع الأول: تصدى المحكمة الدستورية الإسبانية لبحث مدى دستورية التشريعات فى إطار دعوى ضمانة الحقوق	١٢٤
الفرع الثانى: حالات انعقاد الجمعية العمومية للمحكمة الدستورية من تلقاء نفسها لبحث مدى دستورية التشريعات.	١٢٥
المطلب الرابع: رخصة التصدى فى القانون المصرى	١٢٧
المبحث الثانى: مد أثر الأحكام الصادرة بعدم الدستورية لتشمل نصوصاً أخرى لم يشملها الطعن الأصلى بعدم الدستورية ولم تتبع بشأنها الإجراءات الخاصة بإعداد الدعوى الدستورية.	١٣٥
المطلب الأول: حالات عدم الدستورية بالتبعية فى قضاء المحكمة الدستورية الإيطالية.	١٣٦
الفرع الأول: مبدأ ضرورة تقيد المحكمة الدستورية الإيطالية بحدود النزاع المعروض عليها	١٣٨
الفرع الثانى: حالات عدم الدستورية بالتبعية فى قضاء المحكمة الدستورية الإيطالية	١٤١
المطلب الثانى: حالات عدم الدستورية بالتبعية فى قضاء المحكمة الدستورية العليا فى مصر	١٤٩
الفصل الثانى: الاتجاه إلى توسيع نطاق الحماية القضائية للقواعد الدستورية المعبرة عن قيم دستورية عليا	١٥٢
المبحث الأول: فكرة الرقابة على دستورية قوانين تعديل الدستور	١٥٣

الموضـــــــــــــــــوع | رقم الصفحة

الموضـــــــــوع	رقم الصفحة

رقم الإيداع بدار الكتب: ٢٠٠٤/٣٩٦٥
الترقيم الدولى : 977-04-4423-5